

Mora normativa da União quanto à regulamentação de regime especial de tributação (Recopa) que beneficiaria o Estado do Rio de Janeiro. Viabilidade, em termos, do ajuizamento de uma ação ressarcitória para reaver o valor pago a título de tributos. Inviabilidade da propositura de uma ação declaratória com pedido de repetição das quantias pagas quando os tributos ainda eram devidos.

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral:

1. Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Obras acerca da viabilidade da propositura de ação judicial pelo Estado do Rio de Janeiro em face da União Federal, com o objetivo de ressarcir os cofres estaduais do prejuízo causado pelo recolhimento de diversos tributos em operações relacionadas às obras de modernização do Estádio Mário Filho (Maracanã) para a Copa das Confederações FIFA 2013 e para a Copa do Mundo FIFA 2014. Segundo S. Exa., a mora da União na regulamentação de um benefício fiscal teria gerado danos ao Erário estadual, que apenas aumentariam com o tempo, tendo em vista que o Estado ainda não pôde começar a fruir do regime tributário especial.

2. Os fatos relevantes para a compreensão do tema podem ser assim sintetizados. Em 27 de julho de 2010, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº. 497, que instituiu o RECOM, um regime especial de tributação para construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios de futebol a serem utilizados nas competições da FIFA no Brasil<sup>1</sup>. A adesão ao RECOM implicaria, em princípio, na suspensão da exigibilidade de uma série de tributos federais com fatos geradores relacionados à aquisição ou importação de bens e serviços a serem utilizados nas obras. Com seu uso efetivo ou sua incorporação aos estádios, essa suspensão se converteria em alíquota zero<sup>2</sup>. Os tributos abarcados pelo RECOM eram enumerados pelos arts. 4º e 5º da MP, que dispunham:

“Art. 4º. No caso de venda no mercado interno ou de importação de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos, novos, e

<sup>1</sup> MP nº. 497/2010, art. 2º: “Fica instituído o Regime Especial de Tributação para construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios de futebol - RECOM. § 1º. O RECOM destina-se à construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios de futebol com utilização prevista nas partidas oficiais da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, nos termos estabelecidos por esta Medida Provisória. § 2º. O Poder Executivo regulamentará a forma de habilitação e co-habilitação ao regime de que trata o *caput*”.

<sup>2</sup> MP nº. 497/2010, arts. 4º, § 3º, e 5º, § 1º: “Art. 4º. (...) § 2º. As suspensões de que trata este artigo convertem-se em alíquota zero após a utilização ou incorporação do bem ou material de construção ao estádio de que trata o *caput* do art. 3º. (...) Art. 5º. (...) § 1º. Nas vendas ou importação de serviços de que trata o *caput* aplica-se, no que couber, o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 4º”.

de materiais de construção para utilização ou incorporação no estádio de futebol de que trata o caput do art. 3º ficam suspensos: I - a exigência da *Contribuição para o PIS/PASEP* e da *Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS* incidentes sobre a receita da pessoa jurídica vendedora, quando a aquisição for efetuada por Pessoa jurídica beneficiária do RECOM;

II - a exigência da *Contribuição para o PIS/PASEP Importação* e da *Contribuição para a Seguridade Social* devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - *COFINS-Importação*, quando a importação for efetuada por pessoa jurídica beneficiária do RECOM;

III - o *Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI* incidente na saída do estabelecimento industrial ou equiparado, quando a aquisição no mercado interno for efetuada por pessoa jurídica beneficiária do RECOM;

IV - o *IPI* incidente na importação, quando a importação for efetuada por pessoa jurídica beneficiária do RECOM; e

V - o *Imposto de Importação - II*, quando os referidos bens ou materiais de construção forem importados por pessoa jurídica beneficiária do RECOM.

(...)

Art. 5º. No caso de venda ou importação de serviços destinados a obras de que trata o art. 3º, ficam suspensas:

I - a exigência da *Contribuição para o PIS/PASEP* e da *COFINS* incidentes sobre a prestação de serviços efetuada por pessoa jurídica estabelecida no País quando os referidos serviços forem prestados à pessoa jurídica beneficiária do RECOM; e

II - a exigência da *Contribuição para o PIS/PASEP Importação* e da *COFINS-Importação* incidentes sobre serviços quando os referidos serviços forem importados diretamente por pessoa jurídica beneficiária do RECOM”.

3. A fruição do benefício era condicionada à habilitação (ou co-habilitação) do interessado no RECOM. Para tanto, ele deveria levar seu projeto de construção, ampliação, reforma ou modernização à aprovação do Ministério do Esporte - ME<sup>3</sup> até 31 de dezembro de 2012<sup>4</sup>. A suspensão alcançaria os fatos geradores realizados

<sup>3</sup> MP n.º 497/2010, art. 3º: “É beneficiária do RECOM, a pessoa jurídica que tenha projeto aprovado para construção, ampliação, reforma ou modernização dos estádios de futebol com utilização prevista nas partidas oficiais da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, nos termos do Convênio ICMS n.º 108, de 26 de setembro de 2008. § 1º. Compete ao Ministério do Esporte, em ato próprio, definir e aprovar os projetos que se enquadram nas disposições do caput”.

<sup>4</sup> MP n.º 497/2010, art. 3º, § 4º: “Aplica-se o disposto neste artigo aos projetos aprovados até 31 de dezembro de 2012”.

entre 28 de julho de 2010 e 30 de junho de 2014<sup>5</sup>, mas o benefício somente poderia ser fruído a partir da data de habilitação ou co-habilitação da pessoa jurídica<sup>6</sup>. A forma de habilitação e co-habilitação ao regime dependeria de regulamentação pelo Poder Executivo<sup>7</sup>, cabendo ao Ministério do Esporte, “em ato próprio, definir e aprovar os projetos” que se enquadrassem nas exigências legais (art. 3º, § 1º).

4. Cerca de dois meses depois, em 29 de setembro de 2010, foi publicado o Decreto n.º 7.319/2010, que regulamentou os arts. 2º a 6º da MP 497/2010, relacionados ao RECOM, depois convertido em Recopa<sup>8</sup>. Nos termos do decreto, a habilitação e a co-habilitação dos interessados deveria ser requerida à Secretaria da Receita Federal do Brasil<sup>9</sup>, e formalizada por ato publicado no Diário Oficial<sup>10</sup>. A habilitação poderia ser solicitada pelo titular de projeto previamente aprovado pelo Ministério do Esporte<sup>11</sup>, enquanto a co-habilitação deveria ser requerida pela “pessoa jurídica contratada pela pessoa jurídica habilitada ao RECOM para a realização de obras de construção civil e de construção e montagem de instalações industriais, inclusive com fornecimento de bens, relacionadas aos projetos aprovados (...)” (art. 5º, § 3º). Cabia à Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinar os procedimentos para habilitação e co-habilitação ao regime especial<sup>12</sup>.

5. Em 11 de novembro de 2010, o Ministério do Esporte divulgou no Diário Oficial a Portaria/ME n.º 209/2010, que estabelece o procedimento interno para aprovação dos projetos no âmbito daquela pasta. Nos termos da portaria, o enquadramento de um projeto no regime depende, entre outros requisitos: (i) de sua adequação às exigências da FIFA/Comitê Organizador; e (ii) da existência de uma

<sup>5</sup> MP n.º 497/2010, art. 6º, caput: “Os benefícios de que tratam os arts. 3º a 5º alcançam apenas as aquisições e importações realizadas entre a data de publicação desta Medida Provisória e 30 de junho de 2014”. A MP foi publicada em 28 de julho de 2010. No dia seguinte, foi divulgada no DO uma retificação do diploma, mas ela se limitou ao seu art. 20.

<sup>6</sup> MP n.º 497/2010, art. 6º, parágrafo único: “Os benefícios de que trata o caput somente poderão ser usufruídos nas aquisições e importações realizadas a partir da data de habilitação ou co-habilitação da pessoa jurídica”.

<sup>7</sup> MP 497/2010, art. 2º: “Fica instituído o Regime Especial de Tributação para construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios de futebol - RECOM. (...) § 2º. O Poder Executivo regulamentará a forma de habilitação e co-habilitação ao regime de que trata o caput”.

<sup>8</sup> O regime especial foi renomeado quando da conversão da MP n.º 497/2010 na Lei n.º 12.350/2010.

<sup>9</sup> Decreto n.º 7.319/2010, art. 4º (redação original): “Somente poderá efetuar aquisições e importações de bens e serviços ao amparo do RECOM a pessoa jurídica previamente habilitada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. § 1º. Também poderá usufruir do RECOM a pessoa jurídica co-habilitada”.

<sup>10</sup> Decreto n.º 7.319/2010, art. 7º, § 3º: “A habilitação e a co-habilitação serão formalizadas por meio de ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil, publicado no Diário Oficial da União”.

<sup>11</sup> Decreto n.º 7.319/2010, art. 5º (redação original): “A habilitação de que trata o art. 4º somente poderá ser requerida por pessoa jurídica, titular de projeto aprovado para construção, ampliação, reforma ou modernização dos estádios de futebol com utilização prevista nas partidas oficiais da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014. § 1º. Considera-se titular a pessoa jurídica que executar o projeto relativo às obras de que trata o caput”. Nos termos da Portaria/ME n.º 209/2010, titular do projeto é o “proprietário do estádio, pessoa jurídica que executar o projeto relativo às obras do estádio” (art. 2º, V).

<sup>12</sup> Decreto n.º 7.319/2010, art. 17 (redação original): “A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará, no âmbito de sua competência, a aplicação das disposições deste Decreto, inclusive em relação aos procedimentos para habilitação ou co-habilitação ao RECOM”.

relação entre os serviços previstos no projeto e a finalidade do Recopa<sup>13</sup>. A aprovação do projeto deve ser formalizada por uma portaria específica que, uma vez publicada no Diário Oficial, tornaria o interessado apto à habilitação no regime especial, podendo requerê-la, então, à Receita Federal<sup>14</sup>

6. Quase seis meses depois da publicação da MP nº 497/2010, ela foi convertida na Lei nº 12.350, publicada em 21 de dezembro de 2010. Especificamente quanto ao regime especial de tributação, a redação aprovada pelo Congresso manteve íntegra a disciplina prevista pela MP. A única alteração digna de nota envolveu a sigla do regime, que passou a ser conhecido como Recopa<sup>15</sup>. Não houve, portanto, qualquer solução de continuidade.

7. Ainda faltava, porém, a regulamentação interna do procedimento de habilitação pela Secretaria da Receita Federal. Isso só veio a ocorrer em 25 de julho de 2011, cerca de um ano depois da publicação da MP nº 497/2010, quando foi divulgada no DO a Instrução Normativa/RFB nº 1.176/2011, que disciplinou o procedimento de habilitação e co-habilitação, criando os formulários específicos para esse fim. Segundo a IN, verificando que estão cumpridos os requisitos pertinentes, cabe ao Delegado da Receita Federal competente formalizar a habilitação ou co-habilitação do interessado por ato declaratório executivo, também publicado no Diário Oficial da União<sup>16</sup>.

8. Dessa forma, embora o RECOM/Recopa tenha sido criado em julho de 2010, o ingresso no regime especial só se tornou possível em julho de 2011. Na manifestação que deu início ao presente feito, afirma o Secretário de Obras que a demora da União na regulamentação do RECOM/Recopa impediu o Estado do Rio de Janeiro – titular do projeto de modernização do Maracanã – de gozar do benefício fiscal, gerando um prejuízo crescente que, àquele momento, já chegava a R\$ 15 milhões. Além disso, a inércia da União inviabilizou a concessão, pelo próprio Estado, da isenção de um tributo estadual (ICMS) ao Consórcio Maracanã Rio 2014, responsável pelas obras no estádio, pois nos termos do Convênio ICMS nº 108, de 26 de setembro de 2008, a

desoneração estadual dependia da fruição simultânea de benefícios federais relativos aos tributos incluídos no Recopa<sup>17</sup>.

9. Sra. Exa. Informa ainda que, em 12 de julho de 2011 – *i.e.*, antes mesmo da publicação da IN/RFB nº 1.176/2011 – o Estado tomou as primeiras providências para habilitação no regime especial, requerendo ao Ministério do Esporte a aprovação do projeto. Nada obstante, somente em 22 de dezembro de 2011 foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria/ME nº 217/2011, que enquadrou o projeto de modernização do Maracanã no Recopa. Logo depois, em 4 de janeiro de 2012, o Estado requereu sua habilitação à Secretaria da Receita Federal, que ainda não se manifestou sobre o ponto. Ou seja: as obras no Maracanã já estão avançando, mas o Estado ainda não conseguiu se beneficiar do regime especial de tributação.

10. Tendo em vista os custos que essa situação gera aos cofres públicos, o Secretário de Obras submete à PGE uma questão relativa à viabilidade de o Estado ajuizar uma ação judicial em face da União: (i) com o objetivo de pleitear uma indenização pelos tributos que recolheu, embora devessem estar suspensos em função do Recopa; ou, por eventualidade, (ii) para obter uma declaração judicial de que o Estado integraria o Recopa desde o momento em que requereu a aprovação de seu projeto pelo Ministério do Esporte e, conseqüentemente, pudesse proceder à repetição dos tributos recolhidos desde então.

11. Às fls. 10-31, a assessoria jurídica da Secretaria de Obras, em parecer da lavra dos Procuradores André Uryn e Thiago Cardoso Araújo, considerou viável a demanda ressarcitória indicada no item (i) acima. Na sequência, V. Exa. determinou que me fossem remetidos os autos para nova manifestação. Por motivo de clareza, a viabilidade de cada uma das demandas será examinada em item específico. Antes de fazê-lo, porém, cumpre ressaltar que, em qualquer caso, e por incidência do art. 102, 1, *f*, da Constituição, a competência para apreciar as demandas aventadas na presente consulta seria do *Supremo Tribunal Federal*<sup>18</sup>, instituição dotada de todas as circunstâncias, preocupações e vicissitudes de um órgão judicial de cúpula. Feito o registro, passa-se ao exame da viabilidade de cada urna das demandas sugeridas.

<sup>13</sup> Portaria/ME nº 209/2010, art. 8º: “A análise do projeto pelo Ministério do Esporte consistirá na verificação do preenchimento dos requisitos de enquadramento dispostos no art. 5º, do Decreto nº 7.319, de 2011. Parágrafo único. Para o enquadramento do projeto no RECOM, o Ministério do Esporte analisará: I - se o projeto apresentado está adequado às exigências da FIFA/LOC; e II - se os serviços previstos no projeto apresentado possuem relação com a finalidade estabelecida pelo RECOM”.

<sup>14</sup> Portaria/ME nº 209/2010, art. 10: “Encerrada a análise do projeto, o Ministério do Esporte publicará, em Portaria específica, a sua aprovação para fins de enquadramento total ou parcial no RECOM. § 1º. O projeto somente será considerado apto à habilitação no RECOM após a publicação de Portaria específica do Ministério do Esporte no Diário Oficial da União. § 2º A habilitação ao RECOM deverá ser requerida à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do Decreto nº 7.319, de 28 de setembro de 2010”.

<sup>15</sup> Em atenção a isso, em 15 de julho de 2011, foi editado o Decreto nº 7.525/2011, que modificou o Decreto nº 7.319/2010, mencionado acima, nas passagens em que se referia a RECOM.

<sup>16</sup> IN/RFB nº 1.176/2011, art 11: “A habilitação ou a coabilitação será formalizada por meio de Ato Declaratório Executivo (ADE) emitido pelo Delegado da DRF e publicado no Diário Oficial da União (DOU)”.

<sup>17</sup> Convênio ICMS nº 108/2008: “Autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção do ICMS nas operações com mercadorias e bens destinados à construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios a serem utilizados na Copa do Mundo de Futebol de 2014. (...) Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações com mercadorias e bens destinados à construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios a serem utilizados na Copa do Mundo de Futebol de 2014. (...) Cláusula segunda. O benefício fiscal a que se refere a cláusula primeira somente se aplica às operações que, cumulativamente, estejam contempladas: I - com isenção ou tributação com alíquota zero pelo Imposto de Importação ou IPI; II - com desoneração das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e para a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)”.

<sup>18</sup> CF/88, art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”.

## I. Demanda Ressarcitória

12. A primeira ação cuja viabilidade se discute tem natureza indenizatória: como titular do projeto de modernização de um estádio que será utilizado na Copa das Confederações FIFA 2013 e na Copa do Mundo FIFA 2014, o Estado faria jus aos benefícios fiscais concedidos no âmbito do RECOM/Recopa, mas não pôde fruir da desoneração porque a omissão de órgãos federais na regulamentação da matéria impediu sua habilitação no regime em tempo hábil. Como resultado, o Estado do Rio de Janeiro sofreu uma série de ônus financeiros que não precisaria suportar. A pretensão estadual, portanto, se sustenta na ideia de que o Estado experimentou danos materiais, decorrentes da omissão de um terceiro (a União).

13. Como se percebe, o ponto se insere no tema da *responsabilidade civil do Poder Público por conduta omissiva*. De forma mais específica, tratar-se-ia aqui da responsabilidade extracontratual, já que não há, nos autos, qualquer indicação de que a União teria se comprometido contratualmente a instituir dos benefícios associados ao Recopa. A questão, portanto, se amolda ao art. 37, § 6º, da Constituição<sup>19</sup>, que determina ser objetiva a responsabilidade civil do Estado. Embora existam acórdãos em sentido diverso<sup>20</sup>, em suas manifestações mais recentes o Supremo Tribunal Federal considera que o dispositivo acima se aplica ainda quando o prejuízo alegado decorra de urna omissão<sup>21</sup>.

14. No caso, parece bem clara a configuração do dano – o valor pago a maior a título de tributos – e do nexo de causalidade – apenas a regulamentação do Recopa pela União poderia ter evitado o dano. Mas a hipótese oferece complexidades adicionais. A omissão danosa em questão diz respeito ao exercício de *poder normativo*, mais especificamente do poder regulamentar. Longe de ser singela, essa circunstância lança

o tema em terreno incerto, na medida em que a doutrina e a jurisprudência mostram considerável dificuldade em reconhecer a possibilidade de responsabilização civil do Estado por ação ou omissão normativa<sup>22</sup>. Embora os estudos versem, em geral, sobre as *omissões inconstitucionais*<sup>23</sup> ou sobre a *edição (positiva) de atos regulamentares ilícitos*<sup>24</sup>, trata-se de debates paralelos, dos quais se podem extrair elementos relevantes para a compreensão da hipótese da consulta. Quanto à jurisprudência, não se pode ignorar que a orientação do STF tem sido impermeável a esse tipo de pretensão: em casos relacionados a omissões legislativas inconstitucionais, assentou o Tribunal ser impossível pleitear compensação financeira do Poder Público<sup>25</sup>. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes acórdãos:

“AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. Não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional – na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos –, com mais razão não poderia fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação”<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> CF/88, art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>20</sup> V., e.g., STF, DJ 1º dez. 2004, RE 382.054/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso: “Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço”.

<sup>21</sup> STF, DJ 29 jun. 2011, Ai 766.051 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes: “Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público”; STF, DJ 14 mai. 2010, RE 607.771 AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau; STF, DJ 14 ago. 2009, RE 495.740 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes”.

<sup>22</sup> Sustentando a irresponsabilidade civil do Estado por atos legislativos, v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1997, p. 568-9; Almiro do Couto e Silva, A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro, *Revista de Direito Administrativo* 202: 19-41, 1995, p. 37-9.

<sup>23</sup> Defendendo a responsabilização do Estado por omissões legislativas inconstitucionais, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. VI, 2001, p. 99; Roque Antonio Carrazza, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 3:122, 1993; Mansa Helena d’Arbo Alves de Freitas, O Estado legislador responsável, *Revista de Informação Legislativa* 128:294-5, 1995.

<sup>24</sup> Especificamente quanto aos regulamentos, a doutrina é mais favorável à responsabilização do Estado, ao menos em caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade da disciplina infralegal editada – v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 532; José Cretella Júnior, Responsabilidade do Estado por ato legislativo, *Revista Forense* 286:18-9, 1984.

<sup>25</sup> Um precedente que é muitas vezes citado como exceção a esse entendimento é o MI 283113F, julgado procedente para “a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º; ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 16 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem (...)”. Ocorre, porém, que o dispositivo constitucional pertinente garantia justamente uma indenização – vale dizer: ao julgar procedente o pedido, o STF não concedeu uma reparação pela omissão inconstitucional, mas deu eficácia direta ao próprio preceito pendente de regulamentação.

<sup>26</sup> STF, DJ 7 dez. 2006, RE 485.087 AgR/RS, Rel. Min.ª Cármen Lúcia.

*“AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE SOBRESIAMENTO. INDEFERIMENTO. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Agravo regimental a que se nega provimento”<sup>27</sup>.*

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SERVIDORES PÚBLICOS - REMUNERAÇÃO - REVISÃO GERAL ANUAL (CF, AR T. 37, X) - ALEGADA INÉRCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PRETENDIDA INDENIZAÇÃO CIVIL EM FAVOR DO SERVIDOR PÚBLICO COMO DECORRÊNCIA DA OMISSÃO ESTATAL - NÃO-RECONHECIMENTO DESSE DIREITO - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO”<sup>28</sup>.*

*“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão. II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal. III - Agravo improvido”<sup>29</sup>.*

15. Embora esse entendimento não seja unânime entre os membros da Corte<sup>30</sup>, a verdade é que ele prevalece amplamente. Em sua maioria, os precedentes que tratam do tema não o debatem de forma profunda, limitando-se a fazer referência a outros

<sup>27</sup> STF, DJ 7 dez. 2007, RE 653.947 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

<sup>28</sup> STF, DJ 7 dez. 2007, RE 554.810 AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>29</sup> STF, DJ 14 dez. 2007, RE 553.231 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>30</sup> Dentre os Ministros que já a rejeitaram explicitamente estão Carlos Valioso (aposentado) e Gilmar Mendes. Quanto a esse último, embora tenha acompanhado a maioria em alguns processos sobre o tema, já considerou viável, em tese, a formulação de pedidos ressarcitórios em caso de mora legislativa — v. STF, DJ 7 mai. 2010, RE 424.584/MG, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa. No caso, porém, apesar de votar no sentido da improcedência do pedido, fundamentou sua opinião na circunstância de que transcorreria pouco tempo entre a declaração da mora legislativa pelo STF e a edição da lei em cumprimento à exigência constitucional. Assim, em sua avaliação, a indenização pela omissão legislativa dependeria não apenas da declaração judicial prévia da mora, mas também da permanência dessa omissão — esse segundo requisito é que não teria sido cumprido no caso.

julgados. De todo modo, a fundamentação desses acórdãos parece se basear em duas razões autônomas, quais sejam: (i) a iniciativa de uma lei depende da vontade política do agente responsável, não podendo o Judiciário suprir sua ausência<sup>31</sup>; e (ii) em matéria de omissões inconstitucionais, a atuação dos juízes se limita à notificação do órgão inerte para que aja; se não é possível conceder diretamente o bem da vida, tampouco se poderia fazê-lo de forma indireta, por via de indenização<sup>32</sup>. A primeira dessas teses soa bastante inadequada: só se pode falar de uma omissão ilícita se ficar inerte não era uma opção legítima, i.e., se não havia discricionariedade quanto à decisão de legislar. Já a segunda tese é mais complexa — e bem mais sedimentada no Tribunal —, por envolver não só a dificuldade contramajoritária que cerca a atuação constitucional da Corte, mas também, e especialmente, o antigo debate sobre a doutrina do legislador negativo.

16. Apesar disso, o STF tem dado sinais de que pode rever sua orientação em matéria de omissões normativas ilícitas. Em diversos mandados de injunção, a postura mais concretista do Tribunal — que passou a preencher os vazios legislativos — foi facilitada pelo emprego da analogia. Em outro caso, porém, relacionado ao aviso prévio proporcional<sup>33</sup>, a Corte anunciou que fixaria ela própria uma regulamentação provisória para suprir a omissão inconstitucional<sup>34</sup> — e só não concluiu essa tarefa porque o Congresso Nacional se apressou em agir<sup>35</sup>. A essa mudança do STF, alia-se a recente edição da Lei n° 12.063/2009 que, ao regular a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, passou a admitir a prolação de decisões cautelares, sugerindo a viabilidade de uma atuação diferenciada por parte do Tribunal<sup>36</sup>. Naturalmente, nada disso oferece

<sup>31</sup> Nesse sentido, v. STF, DJ 15 set. 2006, RE 468.282 AgR/ES, Rel. Min. Cezar Peluso: “Com efeito, o entendimento desta Corte é no sentido de que, uma vez privativa do Poder Executivo a iniciativa de lei concessiva de aumento de remuneração na administração direta e autárquica, sem que caiba sequer a imposição de prazo para tanto pelo Poder Judiciário, a fixação de indenização com o fito de recompor, frente à inflação, o valor dos vencimentos de servidores, significaria, por via oblíqua, deferir o que esta Corte tem reiteradamente negado, sob o argumento de que ‘Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação’ (...)”.

<sup>32</sup> Nessa linha, v. STF, DJ 7 dez. 2006, RE 485.087 AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia: “Agravo regimental. Revisão geral anual de vencimentos. Omissão legislativa inconstitucional. dever de indenizar. Impossibilidade. Agravo desprovido. Não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional — na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos —, com mais razão não poderia fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação”.

<sup>33</sup> CF/88, art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXI — aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

<sup>34</sup> STF, Inf. 632, MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>35</sup> Em 13 de outubro de 2011 — pouco menos de quatro meses depois da sessão de julgamento do MI 943/DF foi publicada a Lei n° 12.506/2011, que regulamentou o direito trabalhista ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

<sup>36</sup> A mencionada lei acrescentou o Capítulo II-A à Lei n° 9.868/199, que passou a dispor, em seu art. 12-F: “Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos

um juízo de certeza quanto à superação da razão (ii) acima, mas trata-se, sem dúvida, de indícios positivos nessa linha.

17. A despeito da orientação adotada pelo STF, não parece adequado tratar igualmente as omissões do Legislativo e as da Administração. Embora tanto a atuação do legislador como a atuação administrativa regulamentar sejam subordinadas – a primeira à Constituição e a segunda à lei –, existem, ao menos, duas diferenças sensíveis entre as duas situações. Em *primeiro* lugar, as disposições constitucionais são, em geral, mais vagas e abertas que aquelas contidas nas leis. Isso não significa que o legislador tenha uma liberdade absoluta para agir – o que seria incompatível com a rigidez constitucional –, mas simplesmente que ele dispõe de um espaço maior de conformação do que o administrador. Em *segundo* lugar, e ainda mais importante, enquanto os princípios democráticos e da legalidade parecem se opor, por vezes, à solução judicial das omissões legislativas, eles não são apenas poupados, mas também prestigiados, quando o Judiciário põe fim a omissões administrativas – afinal, a insubmissão do administrador à vontade da lei representa uma afronta à decisão do legislador democrático e ao comando constitucional que determina sua obediência (CF/88, art. 37).

18. Na hipótese da consulta, existe uma circunstância adicional, que torna a situação menos problemática sob a óptica da Constituição: a Presidência da República cumpriu em tempo razoável sua obrigação de normatizar, tendo editado o Decreto nº 7.319/2010 cerca de dois meses depois de publicada a MP nº 497/2010. Mesmo o Ministério do Esporte divulgou a disciplina que lhe cabia criar em torno de três meses depois da edição do decreto acima. A permanência das lacunas até um ano depois da publicação da MP nº 497/2010 – já convertida à época – decorreu fundamentalmente, portanto, da inação da Secretaria da Receita Federal, que apenas em julho de 2011 editou a IN/RFB nº 1.176/2011. Em outras palavras: a omissão regulamentar, no caso, representou uma insubmissão do administrador, não só à lei, mas também a ordens superiores, editadas pela própria Administração Pública – considerando que o próprio Decreto nº 7.319/2010 já determinava à SRF a edição de disciplina infralegal específica<sup>37</sup>.

19. Esses elementos singularizam as circunstâncias da consulta, distanciando-as um pouco das omissões legislativas. Em razão deles, é possível que, ao examinar uma ação como a sugerida, o Supremo Tribunal Federal não considerasse aplicáveis as restrições que habitualmente enxerga na resolução de omissões legislativas.

20. Nada obstante, a superação desse primeiro problema não resolveria o caso em favor do Estado, passando já ao próprio mérito da demanda, é necessário

órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”.

<sup>37</sup> Decreto nº 7.319/2010, art. 17 (redação original): “A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará, no âmbito de sua competência, a aplicação das disposições deste Decreto, inclusive em relação aos procedimentos para habilitação ou co-habilitação ao RECOM”.

demonstrar a configuração concreta de uma omissão regulamentar da União na disciplina do Recopa. O ponto não é tão simples como pode parecer à primeira vista. Ao contrário, como acentua a jurisprudência do STF em matéria de omissões normativas, sua verificação depende da conjugação de dois elementos: (i) a inexistência de discricionariedade na atuação normativa; e (ii) a verificação de uma mora irrazoável na edição do ato normativo.

21. O *primeiro* ponto decorre de uma constatação singela: a Administração não está obrigada a editar regulamentos sempre e em qualquer hipótese. O exercício do poder regulamentar é inerente à função administrativa e não depende sequer de autorização ou comando legal<sup>38</sup>. Ademais, toda normatização envolve algum grau de discricionariedade, *i.e.*, um espaço maior ou menor de conformação que, ainda quando limitado, dificilmente é esgotado pelas normas superiores<sup>39</sup>. Mas não se pode esquecer que a atividade normativa do Poder Executivo está vinculada à lei. Dessa forma, havendo legislação válida sobre o ponto, suas determinações delimitarão o campo, acaso existente, aberto à atuação discricionária da Administração. Isto é: se o legislador criar um direito subjetivo, cuja efetividade dependa de complementação infralegal, não se pode conceber que o Executivo – submetido que está ao princípio da legalidade – torne a liberdade (que não tem) para, revoltando-se contra o Legislativo, negar-se a concretizar o que se contém na lei. É somente nesses casos, em que não se pode falar em discricionariedade quanto à edição ou não de um regulamento, que se estará diante de um autêntico *dever de regulamentar*.

22. Ocorre, porém, que a omissão na regulamentação de uma lei não é uma conduta instantânea, mas somente se configura com o passar de um tempo. Por isso, é necessário demonstrar que houve uma mora irrazoável na edição do ato normativo para que se possa afirmar como ilícita a omissão em questão. Esse, que é o *segundo* ponto indicado acima, também é mencionado pelo STF ao examinar omissões inconstitucionais<sup>40</sup>. Embora as vicissitudes da atividade parlamentar não incidam

<sup>38</sup> V. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo, 1994, p. 73: “Assim, nesses sistemas constitucionais [presidencialistas], tem o poder regulamentar duplo fundamento: um político-constitucional, decorrente da separação de poderes, outro constitucional, derivado da atribuição constitucional expressa dessa faculdade ao Poder Executivo. Em consequência, independe de habilitação legal para ser exercido, e no espaço aberto a sua atuação, surge a regra da discricionariedade”; e Diógenes Gasparini, *Poder regulamentar*, 1982, p. 27-8.

<sup>39</sup> Tanto assim que não se aceita mais, sem reflexão, a ideia ultrapassada de que os regulamentos não podem inovar no direito: é verdade que eles não podem conceder ou extinguir direitos em oposição ao que disponham atos normativos superiores, mas se simplesmente repetissem o que a lei ou a Constituição já determinam, eles seriam, em rigor, irrelevantes e desnecessários. V. Diógenes Gasparini, *Poder regulamentar*, 1982, p. 37. Como aponta Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, 2002, p. 378: “(...) o caráter exaustivo da lei, pretensamente excludente de qualquer subjetividade por parte do seu concretizador, é uma idealização irrealizável na prática”.

<sup>40</sup> V., *e.g.*, STF, DJ 17 jun. 1994, MI 361/RJ, Rei, p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence: “Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade

necessariamente ou de forma idêntica sobre a atuação administrativa, tampouco se deve ignorar a complexidade potencialmente envolvida na edição de um regulamento, que muitas vezes exige uma apreciação cautelosa e, por isso, um pouco mais demorada<sup>41</sup>. O problema é que não há critérios objetivos, apriorísticos ou matemáticos para afirmar o que constitui (ou não) uma mora irrazoável na edição de um regulamento. Caberá ao juiz valer-se de prudente arbítrio para resolver a questão, recorrendo, sempre que possível, à observação de hipóteses semelhantes.

23. Feita a exposição acima, pode-se tentar antever como o STF aplicaria esses requisitos à hipótese da consulta. Naturalmente, trata-se de um exercício especulativo, na medida em que, nesse domínio, não há espaço para a subsunção mecânica ou para certezas absolutas. O primeiro requisito parece configurado no caso. A MP e a lei que a converteu criam um autêntico direito subjetivo: seus contornos, sua extensão e seus beneficiários eram claros desde o início; apenas questões procedimentais e administrativas foram deixadas ao domínio do regulamento – sua inexistência, porém, inviabilizava a concretização do comando legal, ao impedir os interessados de requererem seu ingresso no programa. Ademais, a Copa do Mundo é um projeto nacional, que envolve um esforço concentrado de todas as entidades federativas, em especial daquelas que sejam proprietárias de estádios de futebol onde ocorrerão partidas oficiais dos eventos da FIFA. Existe, portanto, um objetivo comum, ao qual as atenções das três esferas políticas devem estar voltadas. Além disso, a iminência dos eventos e a urgência do início das obras foram os próprios elementos que justificaram a criação do Recopa (então chamado de RECOM) por medida provisória. Nessa linha, confira-se o que dispunha a Exposição de Motivos da MP nº 497/2010:

*“6. Para a realização da Copa do Mundo no Brasil, o Governo Federal, juntamente com Governos Estaduais e Municipais,*

da lei fundamental”;

STF, *DJ* 3 ago. 2007, ADI 3.489/SC, Rel. Min. Eros Grau: “(...) o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. (...) A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional”;

STF, *DJ* 6 set. 2007, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes (trecho do voto do relator): “*Quid juris*, então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? (...) A complexidade de algumas obras legislativas não permite que elas sejam concluídas em prazo exíguo. O próprio constituinte houve por bem excluir do procedimento abreviado os projetos de código (CF, art. 64, § 4º), reconhecendo expressamente que obra dessa envergadura não poderia ser realizada de afogadilho. Haverá trabalhos legislativos de igual ou maior complexidade. Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político reconhecido e consagrado pela ordem constitucional (...). Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional”.

<sup>41</sup> Apontando que o prazo de trinta dias para saneamento de uma omissão administrativa inconstitucional (CF/88, art. 103, § 2º) é inadequado para atos administrativos mais complexos, como o exercício do poder regulamentar, v. STF, *DJ* 6 set. 2007, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes (voto do relator).

*assumiu o compromisso com a Fédération Internationale de Football Association — FIFA de construir ou modernizar os estádios de futebol que serão utilizados para realização dos jogos do mundial. A reforma ou o levantamento dos estádios, por sua vez, deve obedecer a um padrão de qualidade equivalente aos melhores estádios do Mundo, estágio em que os atuais estádios não se encontram, o que traz a necessidade de um grande dispêndio de recursos em obras por parte das iniciativas pública e privada.*

*7. Não obstante as obras serem permanentes, a sua premente necessidade se dá com o objetivo de realizar um único e próximo evento. É interesse do Governo Federal, portanto, incentivar o imediato início e o término das obras dentro do prazo estipulado. Essas razões justificam a relevância e a urgência das medidas propostas.*

(...)

*8. Por oportuno, verifica-se que no âmbito estadual já foi firmado o Convênio ICMS nº 108, de 26 de setembro de 2008. O referido Convênio autorizou os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação — ICMS nas operações com mercadorias e bens destinados à construção, ampliação, reforma ou modernização de estádios a serem utilizados na Copa do Mundo FIFA 2014. Entretanto, em sua cláusula segunda, determinou que 'este benefício fiscal somente se aplica às operações que, cumulativamente, estejam contempladas [com benefícios federais relativos ao II, ao IN, à contribuição para o PIS/PASEP e à COFINS] (...).*

11. A renúncia de receitas decorrentes dos incentivos do RECOM foi estimada em R\$ 350,69 milhões para a construção dos doze estádios-sede para a Copa do Mundo de 2014, distribuídos nos quatro anos que antecedem a Copa do Mundo FIFA 2014, resultando em renúncias anuais de:

- a) R\$ 35,07 milhões para 2010;
- b) R\$ 70,14 milhões para 2011;
- c) R\$ 140 milhões para 2012;
- d) R\$ 105,21 milhões para 2013
- a) não há renúncia prevista para 2014<sup>42</sup>;

<sup>42</sup> Presidência da República, Mensagem nº 439/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484013>. Acesso em: 3 abr. 2012.

24. A Exposição de Motivos é especialmente elucidativa ao esclarecer que: (i) a própria União reconhece sua parcela de responsabilidade quanto à construção e à modernização dos estádios de futebol; (ii) é também do seu interesse promover a rápida evolução das obras; (iii) desde 2008, quando foi firmado o Convênio ICMS nº 108, já se esperava uma desoneração dos tributos federais abrangidos pelo Recopa; (iv) a urgência na implementação do Recopa era tamanha que justificou o tratamento do tema por medida provisória; (v) antecipavam-se renúncias de receita, como decorrência do Recopa, já para os anos de 2010 e 2011. O que se extrai de todas essas informações é que a decisão do Executivo, ao editar a MP nº 497/2010, e a do Legislativo, ao convertê-la em lei, era a rápida aplicação de um programa de desoneração das obras nos estádios. O ponto, aliás, corresponde a fatos notórios, amplamente divulgados na mídia. Em suma: não se encontram evidências de que a União pretendesse protelar a aplicação do Recopa; ao contrário, os elementos indicam que a implementação do regime especial seria o mais breve possível. Só não foi isso o que aconteceu na prática.

25. A demora da União em cumprir a sua parte no plano de adaptação dos estádios viola não apenas a expectativa legítima dos titulares dos projetos – dentre os quais o Estado do Rio de Janeiro –, mas também, e especialmente, o dever de lealdade federativa. Projeção específica da boa-fé no contexto das relações intergovernamentais, a lealdade federativa formula uma exigência de cooperação mútua entre os entes federativos, que devem levar em consideração os interesses específicos dos demais antes de adotar qualquer postura que tenha impacto sobre eles<sup>43</sup>. Na hipótese da consulta, o Estado fez a sua parte, ao dar andamento imediato às obras de modernização do Maracanã, enquanto a União — a quem cabia desonerar as operações correspondentes — manteve-se inerte, auferindo receita em detrimento de uma finalidade comum. A desoneração com qual a União Federal se comprometera tinha o fim específico de reduzir o impacto financeiro de um projeto de interesse nacional — a realização da Copa do Mundo sobre as finanças de outros entes federativos. Portanto, além de ir de encontro a esse objetivo, sua inação ainda lhe gerou uma renda à qual tinha renunciado, à custa dos titulares de projetos, inclusive o Estado do Rio de Janeiro. Diante dos compromissos firmados em todas as esferas e da própria lealdade federativa, simplesmente não era razoável que o Estado presumisse que a União adotaria um comportamento indevido, retardando a desoneração prometida. Ou seja: também a confiança legítima depositada no Governo Federal e o dever de lealdade confirmam a conclusão a que se chegou acima — jamais se poderia imaginar que a União iria atrasar a regulamentação do Recopa. Parece satisfeito, portanto, o primeiro requisito para a configuração da omissão regulamentar.

<sup>43</sup> Sobre o tema, confira-se Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 212 e ss., onde se fala em “princípio da conduta amistosa federativa” e “fidelidade para com a federação”; John Bell, *Judiciaries within Europe: a comparative review*, 2006, p. 163; David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, 1994, p. 77. O dever de lealdade federativa foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (v. 1. Rundfunkentscheidung, 1<sup>ª</sup> Decisão da Radiodifusão — BVerGE 12, 205. In: Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, 2005, p. 823-4).

26. Não é tão simples, no entanto, a verificação do *segundo* requisito. O *prazo razoável* — cujo descumprimento conduz à mora normativa — é um conceito jurídico indeterminado, que não oferece balizas objetivas e definidas para o intérprete. Ele depende das circunstâncias do caso concreto e do peso a ser conferido a elas pelo juiz. Assumem relevância, aqui, questões como: Qual a complexidade do tema a ser regulamentado? Quais são as alternativas abertas para a regulamentação? Quais as condições específicas do órgão responsável por sua edição? Quantos e quais órgãos e autoridades precisam ser consultados ao longo do processo administrativo que leva à edição do ato? Qual a importância dos interesses envolvidos na regulamentação? Resumindo todas essas perguntas — e outras mais, porventura relevantes — em uma indagação: Há razões legítimas que justifiquem o tempo transcorrido até a edição da disciplina regulamentar exigida?

27. Diante de um caso concreto, a resposta a essa questão dependerá de uma avaliação complexa do *contexto fático* pertinente e, por isso, variará conforme o intérprete. Em face dos mesmos elementos e informações, pessoas diversas, igualmente imbuídas de boa-fé, podem chegar a conclusões bastante diversas. Na hipótese da consulta, o período passado entre a edição da MP nº 497/2010 e a sua integral regulamentação foi de cerca de um ano. Não se trata, assim, de um prazo manifestamente curto, mas nem por isso se poderia afirmar, com certeza, que ele tenha sido claramente excessivo. A regulamentação da MP foi progressiva — primeiro com o Decreto nº 7.319/2010, depois com a Portaria/ME nº 209/2010 e, por fim, com a IN/RFB nº 1.176/2011 — que poderia sugerir que a União, embora lenta, não teria restado efetivamente inerte. Não seria absurdo supor, também, que os órgãos administrativos subordinados teriam esperado a edição dos atos que os antecederam como forma de garantir a harmonia da disciplina infralegal e evitar conflitos na regulamentação. Por sua vez, a complexidade do tema é difícil de ser definida: por um lado, os atos infralegais editados parecem simples no seu conteúdo, mas, por outro lado, não se pode afastar de todo a possibilidade de que sejam apenas o resultado singelo de um processo que é complexo em si mesmo. Já os interesses envolvidos são elevados e o cuidado com a arrecadação é fundamental, até mesmo para evitar problemas com órgãos de fiscalização e controle (CGU, Tribunais de Contas, Ministério Público etc.).

28. Como se vê, esse segundo requisito da mora normativa ilícita é bastante variável e, por depender de um exame consideravelmente fluido dos fatos envolvidos, lança a demanda sugerida pela consulta em um terreno incerto. Outro elemento importante que, em uma eventual ação judicial, pode desequilibrar a balança em desfavor do Estado é a circunstância de que ele mesmo, na qualidade de interessado em ingressar no Recopa, também demorou cerca de um ano para cumprir os requisitos que lhe cabiam para tanto. Isso porque, embora a Portaria/ME nº 209/2010 tenha sido editada em dezembro de 2010, o pedido de aprovação do projeto do Maracanã só foi apresentado ao Ministério do Esporte em 12 de julho de 2011 e o termo aditivo entre o Estado e o Consórcio Maracanã Rio 2014 foi assinado apenas em 7 de dezembro do mesmo ano — menos de vinte dias depois, o projeto foi aprovado pelo Ministério.

Naturalmente, esses fatos não são conclusivos, mas podem enfraquecer, aos olhos do STF, uma eventual tese advocatícia do Estado.

29. Por fim, e apenas por cautela, é necessário refletir quanto à conveniência de o Estado assumir, como sua orientação, que o contribuinte de qualquer tributo pode pleitear judicialmente uma indenização sempre que a regulamentação de um benefício fiscal superar (aquilo que o juízo competente supuser ser) um prazo razoável. É possível, por razões de *judicial policy*, que o Supremo Tribunal Federal mostre certa resistência em acolher essa tese, ao menos por temer uma avalanche de processos judiciais em face de entes políticos de todas as esferas. Mais do que isso, porém, é importante definir se o próprio Estado do Rio de Janeiro pretende sustentar essa opinião como sua e sofrer as eventuais consequências de seu acolhimento.

30. Em suma: embora a existência de dano e de nexo de causalidade seja bastante clara na hipótese da consulta, o caso envolve complexidades que tornam o resultado de uma eventual demanda indenizatória consideravelmente imprevisível. Em tese, a ação parece viável, mas é possível que ela esbarre em alguns óbices, dentre os quais: (i) a reticência do Supremo Tribunal Federal em sancionar com indenizações as omissões normativas do Poder Público; (ii) a dificuldade na configuração da mora irrazoável, que depende de uma fluida interpretação dos fatos pertinentes; e (iii) a eventual inconveniência de o Estado assumir, como orientação oficial, que o contribuinte de um tributo pode pleitear uma indenização sempre que a regulamentação de um benefício fiscal demorar a ser editada. O ajuizamento de uma demanda nesses termos, portanto, depende uma avaliação política quanto aos riscos envolvidos no caso, razão pela qual se submete o tema à consideração superior.

## II. Demanda Tributária

31. Como não é certa a viabilidade de uma ação indenizatória como a examinada no tópico precedente, passa-se à análise da alternativa a ela, aventada pelo próprio Secretário de Obras, qual seja: a propositura de uma ação declaratória, que garanta ao Estado o gozo dos benefícios do Recopa em caráter retroativo – a contar da data em que apresentado o requerimento de aprovação do projeto ao Ministério do Esporte –, com pedido de repetição dos tributos recolhidos nesse período.

32. A ideia é louvável e, seguramente, poderia permitir a recomposição do patrimônio estadual diante da postura omissiva da União. Do ponto de vista jurídico, porém, uma demanda nesses termos encontra ao menos dois obstáculos importantes, que sugerem sua inviabilidade. Em *primeiro* lugar, a disciplina legal do RECOM/Recopa sempre foi clara ao vincular a inclusão no regime especial ao fim do processo de habilitação do interessado. Isto é: nem a MP nº 497/2010, nem a Lei nº 12.350/2010 preveem qualquer forma de retroação – a habilitação não é declaratória, mas constitutiva do benefício. Em princípio, não parece haver inconstitucionalidade nessa disposição. Tampouco se poderia falar em demora excessiva na aprovação do projeto, tendo em vista os fatos examinados no tópico anterior. A única mora que se poderia sustentar diz respeito à regulamentação do Recopa, mas o pressuposto

de uma argumentação nessa linha seria justamente a impossibilidade de fruição dos benefícios antes da edição da disciplina infralegal. Ocorre, porém, que se o benefício não podia ser gozado, os tributos eram devidos, tornado-se difícil afirmar a ocorrência de um *indébito* a ser repetido.

33. Em *segundo* lugar, e ainda mais importante, há um problema de legitimidade ativa *ad causam*: o Estado do Rio de Janeiro não é contribuinte de qualquer dos tributos federais abrangidos pelo Recopa<sup>44</sup> e, por isso, não tem legitimidade para pleitear a repetição de um eventual indébito tributário, nos termos do art. 165 do CTN<sup>45</sup>. Todos os serviços e bens adquiridos para as obras serão prestados ao Consórcio ou comprados por ele. Não se discute que o Estado sofra a repercussão econômica dos tributos recolhidos, mas essa circunstância, por si mesma, não é suficiente. Note-se que nem mesmo a eventual condição de “contribuinte de fato” autorizaria o Estado a ingressar em juízo para pedir a repetição de tributos recolhidos por terceiros<sup>46</sup>.

34. Dessa forma, as eventuais dificuldades da ação indenizatória não justificam

<sup>44</sup> Com efeito, são contribuintes: (i) do II, o importador, o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente e o adquirente de mercadoria entropostada (CTN, art. 22; Decreto-Lei nº 37/65, art. 31); (ii) do IPI, o importador, em relação ao fato gerador decorrente do desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira; o industrial, em relação ao fato gerador decorrente da saída de produto que industrializar em seu estabelecimento, bem como quanto aos demais fatos geradores decorrentes de atos que praticar; o estabelecimento equiparado a industrial, quanto ao fato gerador relativo aos produtos que dele saírem, bem como quanto aos demais fatos geradores decorrentes de atos que praticar, os que consumirem ou utilizarem em outra finalidade, ou remeterem a pessoas que não sejam empresas jornalísticas ou editoras, o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, quando alcançado pela imunidade; o transportador com relação aos produtos tributados que transportar desacompanhados da documentação comprobatória de sua procedência; qualquer possuidor – com relação aos produtos tributados cuja posse mantiver para fins de venda ou industrialização, nas mesmas condições da alínea anterior; e o industrial ou equiparado, mediante requerimento, nas operações anteriores, concomitantes ou posteriores às saídas que promover, nas hipóteses e condições estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal (CTN, art. 51; Lei nº 4.502/64, art. 35); (iii) da Contribuição para o PIS/PASEP – Importação e da COFINS – Importação, o importador, assim considerada a pessoa física ou jurídica que promova a entrada de bens estrangeiros no território nacional, inclusive o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente e o adquirente de mercadoria entropostada: a pessoa física ou jurídica contratante de serviços de residente ou domiciliado no exterior; e o beneficiário do serviço, na hipótese em que o contratante também seja residente ou domiciliado no exterior (Lei nº 10.865/2004, art. 5º); (iv) da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, recolhidos sobre o faturamento, as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda (Decreto nº 4.524/2002, art. 3º).

<sup>45</sup> CTN, art. 165: “O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”.

<sup>46</sup> V., por todos: STJ, DJ 4 nov. 2010, AgRg no REsp 1.090.782/RJ, Rel. Min. Luiz Fux. “O ‘contribuinte de fato’ (...) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo ‘contribuinte de direito’ (...), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente”.

a propositura, pelo Estado, de urna demanda tributária que, tal como visto, parece inviável juridicamente. No caso, não há fundamento coerente para que se possa pleitear a declaração retroativa da fruição dos benefícios do Recopa. Ademais, como não é contribuinte dos tributos federais envolvidos no regime especial, ele não dispõe da legitimidade ativa para pleitear a repetição tributária em questão. A repercussão econômica sofrida pelo Estado só lhe permite o manejo de urna ação indenizatória — tema examinado no tópico precedente.

### III. Conclusões

35. As conclusões obtidas ao longo do presente estudo podem ser sumariadas nas seguintes proposições objetivas:

A. Embora a existência do dano e do nexo de causalidade pareça clara na hipótese, ela envolve complexidades que tornam imprevisível o resultado de uma eventual demanda ressarcitória. Em tese, parece viável uma ação nos termos sugeridos, mas é possível que ela esbarre em alguns óbices, dentre os quais: (i) a reticência do Supremo Tribunal Federal em sancionar com uma indenização as omissões normativas do Poder Público; (ii) a dificuldade na configuração da mora irrazoável, que depende de uma fluida interpretação dos fatos pertinentes; e (iii) a eventual inconveniência de o Estado assumir, como orientação oficial, que o contribuinte de um tributo pode pleitear urna indenização sempre que demorar a ser editada a regulamentação de um benefício fiscal — tese que talvez nem fosse aceita pelo STF, por razões de *judicial policy*. O ajuizamento de uma demanda nesses termos, portanto, depende uma avaliação política quanto aos riscos envolvidos no caso. Tema que se submete à consideração superior.

B. Parece juridicamente inviável uma demanda tributária nos moldes propostos na consulta. Não há fundamento coerente para que se possa pleitear a declaração retroativa da fruição dos benefícios do Recopa e o Estado não é contribuinte dos tributos em questão, de modo que lhe falece a legitimidade processual necessária ao pleito de repetição.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2012.

LUÍS ROBERTO BARROSO  
Procurador do Estado

### VISTO

1. **APROVO** o Parecer nº 01/2012 (fls. 183/207), do Procurador do Estado Luís Roberto Barroso, que analisou Consulta da Secretaria de Obras sobre viabilidade de eventual medida judicial do Estado em face da União. A ação cogitada teria por escopo o ressarcimento de tributos federais que foram suportados pelo Estado e que, não fosse a mora da União na regulamentação do RECOPA (regime especial de tributação concebido para desonerar obras de modernização de estádios), não teriam sido desembolsados.

2. O Parecer descartou a alternativa de uma demanda de natureza tributária, principalmente pela circunstância de que o Estado não teria legitimidade ativa para pretender o ressarcimento dos tributos federais pagos durante a mora da União em regulamentar o RECOPA. Isso porque os tributos são pagos pelos fornecedores das mercadorias e pelos prestadores dos serviços; o Estado suporta o repasse do custo.

3. Sendo certo, porém, que a apontada mora normativa causou efetivo dano ao Estado, o Parecer concluiu pela viabilidade, em tese, de medida judicial indenizatória pela qual o Estado pleitearia valor equivalente aos tributos pagos — ou, a rigor, aos tributos cuja carga fiscal suportou, mas que, não fosse a mora normativa da União, deveriam estar com sua incidência suspensa. São eloquentes, porém, as ressalvas que o próprio Parecer oferece em relação à eventual ação indenizatória, tanto no aspecto *técnico* como no aspecto *subjetivo*.

3.1. Dentre os potenciais entraves *técnicos* ao sucesso da medida judicial cogitada, o Parecer destaca “a reticência do Supremo Tribunal Federal em sancionar com uma indenização as omissões normativas do Poder Público”, além da “dificuldade na configuração da mora irrazoável, que depende de uma fluida interpretação dos fatos pertinentes” (fl. 206).

3.2. Os eventuais entraves de cunho *subjetivo* foram suscitados ainda na parte introdutória do estudo, ao lembrar que a medida judicial cogitada, Ação Cível Originária seria proposta perante o “Supremo Tribunal Federal, instituição dotada de todas as circunstâncias, preocupações e vicissitudes de um órgão judicial de cúpula” (fl. 189).

3.3. Mais relevante, porém, do que os eventuais riscos de insucesso da medida judicial (de resto inerentes, em diferentes graus, a qualquer embate perante o Poder Judiciário), é o risco de *inconveniência* da tese a ser sustentada pelo Estado. Como bem destacou o Procurador Luís Roberto Barroso, “é necessário refletir quanto à conveniência de o Estado assumir, como sua orientação, que o contribuinte de qualquer tributo pode pleitear judicialmente uma indenização sempre que a regulamentação de um benefício fiscal superar (aquilo que o juízo competente supuser ser) um prazo razoável. É possível, por razões de *judicial policy*, que o Supremo Tribunal Federal mostre certa resistência em acolher essa tese, ao menos por temer uma avalanche de processos judiciais em face de entes políticos de todas as esferas. Mais do que isso, porém, é importante definir se o próprio Estado do Rio de Janeiro pretende sustentar essa opinião como sua e sofrer as eventuais consequências de seu acolhimento” (fl. 203).

4. Em linha com as pertinentes ponderações expostas no Parecer que ora chancelo, concluo que (i) há, sim, um dano causado ao Estado pela mora da União em regulamentar o RECOPA; (ii) corolário da existência de um dano, há a possibilidade de propositura de medida judicial destinada a repará-lo; (iii) mas a medida judicial, embora plausível, parece ser desaconselhável, ante o potencial efeito nocivo de sua eventual procedência (pois o êxito na ação ora cogitada resultará na formação de precedente judicial que poderá, no futuro, fazer com que o Estado venha a ser compelido a indenizar terceiros por força de circunstancial – e por vezes escusável – demora na regulamentação de leis locais).

5. Ao Excelentíssimo Secretário de Estado da Casa Civil. Cópia ao Exmo. Secretário de Estado de Obras.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2012

**LUCIA LEA GUIMARÃES TAVARES**  
Procuradora-Geral do Estado