



SENADO FEDERAL
Advocacia

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RELATORA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.621

REQUERENTE: Partido da República - PR

INTERESSADO: Presidente da República

INTERESSADO: Congresso Nacional

(Processo Administrativo SF n. 00200.017399/2016-87)

O PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, por intermédio da Advocacia do Senado Federal, nos termos do disposto na Resolução nº 20 de 2015, presta **INFORMAÇÕES** nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.621, proposta pelo Partido da República - PR, em atenção ao Ofício nº 25626/2016, de 22/12/2016, expedido pela Ministra Presidente, CÁRMEN LÚCIA.

A Ministra Presidente adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 com base na seguinte fundamentação:

“DECISÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ADOÇÃO DO RITO DO ART. 12 DA LEI N. 9.868/1999. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS .





SENADO FEDERAL
Advocacia

Relatório

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, em 9.11.2016, pelo Partido da República-PR contra “os arts. 48 e 49, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 9.478/97, na redação original; arts. 48, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c” e 49, inciso II, alínea “c”, da Lei n.º 9.478/97, na redação dada pela Lei n.º 12.734/2012; e 42-B, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c”, da Lei n.º 12.351/10, na redação dada pela Lei n.º 12.734/2012”.

2. Nas normas impugnadas se estabelece:

Lei n.º 9.478/197

“Art. 48. A parcela do valor do royalty, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no §1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: (Vide Lei n.º 10.261, de 2001)

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres: (...)

c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP; (...)

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;”

Lei n.º 12.734/2012

“Art. 3º A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes novas redações para os arts. 48, 49 e 50, e com os seguintes novos arts. 49-A, 49-B, 49-C, 50-A, 50-B, 50-C, 50-D, 50-E e 50-F: (Promulgado em 14.03.2013)

Art. 48. A parcela do valor dos royalties, previstos no contrato de concessão, que representar 5% (cinco por cento) da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios:

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

c) 10% (dez por cento) aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critérios estabelecidos pela ANP;

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva:

c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP;



SENADO FEDERAL

Advocacia

Art. 49.

II -

c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP;”

Lei n.º 12.351/10

“Art. 42-B. Os royalties devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma: (Incluído pela Lei nº 12.734, de 2012)

I - quando a produção ocorrer em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais: (Incluído pela Lei nº 12.734, de 2012) (...)

c) 5% (cinco por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); (Incluído pela Lei nº 12.734, de 2012) (...)

II - quando a produção ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva: (Incluído pela Lei nº 12.734, de 2012)

c) 2% (dois por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela ANP; (Incluído pela Lei nº 12.734, de 2012)”.

3. O Autor argumenta que “1) A presente ação pretende seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 48 e 49, I, “c” e II, “d”, da Lei n.º 9.478/97, na redação original; arts. 48, I, “c”, II, “c” e 49, II, “c”, da Lei n.º 9.478/97, na redação dada pela Lei n.º 12.734/2012, bem como do art. 42-B, I, “c” e II, “c”, da Lei n.º 12.351/10, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/12. Embora tais dispositivos da Lei n. 12.351/10 estejam com sua eficácia suspensa, em vista de liminar concedida na ADI n.º 4917, estão vigentes e são parte do ordenamento jurídico. Por outro lado, em vista da mesma liminar, os referidos dispositivos originais da Lei n. 9.478/197 encontram-se vigentes e eficazes, norteados o atual modo de distribuição de royalties pela ANP;

2) A ANP editou atos e desenvolveu uma tese, acolhida pelo STJ, no sentido de que as expressões “instalações de embarque e desembarque de óleo bruto e gás natural” são apenas aquelas que possuem ligação direta com o campo produtor, excluindo assim outras que sofram efeitos socioeconômicos, ambientais ou sejam necessárias à concretização da cadeia de produção do petróleo e do gás. Como suposto corolário disso, o STJ entendeu que apenas os municípios cujas instalações sejam ligadas predominantemente à extração, e não ao transporte e distribuição do óleo bruto ou do gás natural, fazem jus aos royalties;



SENADO FEDERAL

Advocacia

3) O direito à compensação financeira (concretizado legislativamente na modalidade royalties) representa um direito fundamental das entidades públicas. A lei concretizante está fortemente vinculada (seja como reserva de lei qualificada, seja como competência de concretização legislativa) às hipóteses previstas no art. 20, § 1º, CF, devendo compensar os beneficiários ali previstos. Assim sendo, todos os municípios que sofram os efeitos do manejo de petróleo ou gás natural devem ser compensados, independentemente de estarem ou não vinculados à mera extração;

4) A interpretação da 2ª Turma do STJ pautou-se por indevida compreensão e aplicação de um obiter dictum do Min. Jobim, por ocasião do julgamento do MS n.º 24.312, no sentido de que, da combinação entre o § 1º do art. 20 e o inciso X do art. 155 da Constituição, os royalties seriam destinados aos Estados da extração; e o ICMS aos Estados destinatários do óleo bruto ou do gás natural. Tal manifestação, porém, refere-se à natureza federativa das participações governamentais, não tendo relação com os efeitos do manejo do petróleo e gás natural sobre as instalações de embarque e desembarque. O aspecto da distribuição do ICMS, ademais, tem um alcance que se limita às relações entre os estados. Perceba-se, ainda, que a chamada interpretação “genética” não congela nem esgota as possibilidades hermenêuticas do texto a ser interpretado. O papel de destaque na hermenêutica cabe ao elemento teleológico e à interpretação sistemática;

5) Há forte doutrina referindo o direito subjetivo constitucional dos municípios à compensação, “seja pelo uso do território do estado ou do município, seja pelos danos ou ônus decorrentes da atividade”;

6) A conclusão inafastável é a de que assiste o direito constitucional à compensação financeira, na exploração do petróleo/gás natural, tanto aos chamados municípios produtores, na realidade meramente confrontantes (eis que a maior parte do petróleo nacional encontra-se na plataforma continental), quanto àqueles que sofrem os efeitos, os impactos das atividades envolvendo o petróleo. Vale dizer, justamente aos municípios afetados por esses efeitos. Portanto, todos aqueles que sofrem os efeitos da exploração do petróleo, independentemente de suas instalações estarem ou não diretamente ligadas a um campo produtor, ou de terem mais pertinência à extração do que à distribuição do petróleo, estão aptos ao recebimento de royalties;

7) O STF tem reiterada jurisprudência, relativa à lavra em terra, que enfatiza a compensação como um mecanismo de recomposição de riscos e/ou danos ambientais, econômicos e sociais decorrentes das atividades envolvendo o manejo do petróleo. Ora, os efeitos ambientais, econômicos ou sociais ocorrem também para estados e municípios em que se dá o manejo do óleo bruto e do gás natural oriundos da plataforma continental, não estando tais efeitos, por óbvio, restritos à lavra do petróleo em terra. E ocorrem não apenas para os primeiros municípios que recebem o óleo bruto da plataforma continental, como especialmente para aqueles que o armazenam e o processam.

8) Isso tudo é também corroborado por uma atividade de interpretação/concretização do art. 20, § 1º, CF, designadamente através dos elementos de interpretação, aí incluído o âmbito normativo;

9) É cânone da interpretação constitucional a consideração de que seus termos são utilizados num sentido mais leigo, sem tanta precisão técnica. É o que também acontece na referência à exploração feita pelo § 1º do art. 20 da Constituição. Além disso, como afirma Friedrich Müller, o conceito jurídico de um termo difere do conceito técnico que ele possui em sua área do conhecimento. Fosse, aliás, um conceito técnico do ramo do petróleo, a exploração seria



SENADO FEDERAL

Advocacia

o equivalente à mera pesquisa, prévia à atividade de extração. O significado mais adequado ao termo é comum, no sentido de “fazer produzir; desenvolver (um negócio ou indústria); empreender, cultivar”. O termo exploração, pois, não significa unicamente a atividade de extração de petróleo e gás, para fins de distribuição dos royalties. A exploração de petróleo e gás, para fins constitucionais, constitui atividade complexa que se inicia com a pesquisa, passa pela extração, pelas atividades de embarque e desembarque e culmina com o processamento, quando então se transforma em outro produto, pronto para o consumo;

10) Tanto o elemento literal quanto o teleológico indiciam que, quanto à exploração na plataforma continental, a atividade passível de compensação é a de suporte logístico para o transporte, armazenamento ou beneficiamento do petróleo. Corolário disso é que, quanto às atividades desenvolvidas na plataforma continental, têm mais legitimidade para o recebimento os municípios portadores de instalações de embarque e desembarque de petróleo e aqueles por elas afetados, do que os meramente confrontantes, chamados também produtores, que têm relação indireta com a extração;

11) Mesmo que se desse razão à força do elemento genético de interpretação, e que se entendesse presente o chamado critério do determinismo físico, a aquinboar os municípios confrontantes pela mera extensão fictícia de suas linhas ao território da plataforma continental em que ocorre a extração de petróleo, ainda assim a noção de prejudicialidade, de impactos ambientais e socioeconômicos, está inserida também nos dispositivos legais que contemplavam os confrontantes, quando menos para a caracterização das áreas geoconômicas, cujos municípios integrantes também estão aptos ao recebimento de royalties. Em outras palavras, caso se entendesse, erroneamente, dever-se tomar como referência os critérios existentes na lei anterior para a compreensão do dispositivo constitucional (pois é sabido que, na Constituição, termos de leis anteriores que inspiraram determinados dispositivos ganham outro significado), mesmo aí está ínsita, a par do determinismo físico, a noção de prejudicialidade para qualquer compreensão que se venha a fazer de municípios portadores de instalações e/ou afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo;

12) Porém, em vez de limitar a utilização do critério do determinismo físico para os confrontantes, a ANP subverteu a teleologia dos arts. 48 e 49 (arts. 48, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c” e 49, inciso II, alínea “c”, da Lei nº 9.478/97, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012), incrementando esse critério ao exigir uma suposta ligação ao campo produtor - na plataforma continental!!! - da instalação de embarque e desembarque que recebe o petróleo dali oriundo e transportado até a costa brasileira;

13) Estudiosos dos impactos da atividade petrolífera sobre municípios e regiões, Rodrigo Serra e Carla Patrão afirmam restar, “como definição sensível aos efetivos impactos econômicos das atividades petrolíferas sobre o continente, o conceito de municípios onde se localizam instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque vinculados àquela indústria.” (grifas nossos);

14) art. 20, § 1º, CF, mediante a noção de compensação, corrobora a necessidade de uma indenização em face de um prejuízo sofrido pelos municípios que suportam as atividades de embarque e desembarque de petróleo ou são por elas afetados;

15) A compensação justifica-se nos seguintes casos: (i) quando a vocação socioeconômica do município se altera em vista da instalação do aparato da indústria do petróleo, com todas as consequências daí advindas; (ii) em função de riscos ou impactos ambientais e/ou paisagísticos; (iii) em vista da essencialidade das instalações localizadas nos municípios, para o adequado escoamento do petróleo e do gás natural, com eventuais riscos ambientais daí advindos. Afora tais situações, são aquinboados constitucionalmente também os municípios confrontantes;





SENADO FEDERAL Advocacia

16) O âmbito normativo revela que a indústria do petróleo é primariamente poluente, portanto de forte impacto ambiental, devendo ser abarcada no regime de cautelas e políticas de prevenção previstos no art. 225 da Constituição. O petróleo e o gás natural, nesse sentido, devem ser considerados também recursos minerais, estando aqueles que os exploram obrigados a recuperar o meio ambiente degradado, nos termos do art. 225, § 2º, CF;

17) O meio ambiente degradado, quando da exploração na plataforma continental, não é somente a área respeitante aos equipamentos situados no mar. O meio ambiente que se degrada é também e fundamentalmente aquele respeitante às áreas em que situados os equipamentos em terra, que acolhem o petróleo oriundo do mar. Essa recuperação é feita em variante do princípio poluidor-pagador, consistente no pagamento de royalties;

18) Cabe referir outro elemento do âmbito normativo, crucial para a compreensão dos municípios a serem compensados. Trata-se da complementaridade entre as estruturas e equipamentos existentes para o recebimento do petróleo oriundo da plataforma continental. Com efeito, uma monobóia necessita de um parque de tancagem, e vice-versa; e ambos necessitam, posteriormente, de uma refinaria. Se situados em Municípios diversos, obviamente que devem todos eles receber a devida compensação, na modalidade royalties;

19) As hipóteses de interpretação da lei que exigem, para distribuição de royalties: a) a ligação direta da instalação ao campo produtor; ou b) maior pertinência à extração do que à distribuição do petróleo, são inconstitucionais, na medida em que excluem municípios portadores de instalações e/ou afetados, todos sofrendores de iguais ou maiores impactos ambientais, socioeconômicos ou paisagísticos, do direito à compensação. Esse direito à compensação é norma de índole constitucional;

20) Além disso, os referidos critérios restritivos são completamente destituídos de razoabilidade e igualdade. Com efeito, como se pode exigir ligação direta a um campo produtor localizado por vezes a dezenas ou a mais de uma centena de quilômetros da plataforma continental? Nesses casos, artificialmente está-se a considerar que a ligação direta faz-se com o “primeiro ponto” de desembarque do óleo. Não há, contudo, razoabilidade nessa consideração. E a igualdade resta violada, na medida em que outros municípios não são compensados como os primeiros que recebem o óleo bruto da plataforma continental”.

Requer, liminarmente, que, “tendo em vista a relevância da matéria para a ordem social e para a segurança jurídica, (...) a suspensão do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade dos arts. 48 e 49, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 9.478/97 (bem como dos arts. 48, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c” e 49, inciso II, alínea “c”, da Lei n.º 9.478/97, na redação da Lei n.º 12.734/2012) e do art. 42-B, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c”, da Lei n.º 12.351/10, na redação dada pela Lei n.º 12.734/2012, até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade”.

Pede

“seja julgada procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 5º, incisos II e LIV (ofensa ao devido processo legal em sentido substancial); art. 20, § 1º e art. 225 da Constituição Federal, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 48 e 49, inciso I, alínea “c”, e inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 9.478/97, na redação original; arts. 48, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c” e 49, inciso II, alínea “c”, da Lei n.º 9.478/97, na redação da Lei n.º 12.734/2012, bem como do art.





SENADO FEDERAL

Advocacia

42-B, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c”, da Lei n.º 12.351/11, na redação dada pela Lei n.º 12.734/2012, para que, mediante interpretação conforme a constituição:

a) seja excluída do ordenamento jurídico brasileiro a interpretação que exige, para o recebimento de royalties pelos municípios, a ligação direta das instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural ao campo produtor, mormente quando se trata de petróleo oriundo da plataforma continental;

b) seja excluída do ordenamento jurídico brasileiro a interpretação que exige, para o recebimento de royalties pelos municípios, sejam as instalações predominantemente voltadas à extração do petróleo, especialmente quando provindo o petróleo da plataforma continental;

c) seja excluída a interpretação de que é permitido à ANP a livre definição dos critérios de afecção, bem como do que sejam operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural”.

4. O requerimento de suspensão liminar do andamento de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade das normas impugnadas na presente ação veio desacompanhando da comprovação de razões a justificarem excepcional medida. Tanto não obsta o reexame dos requisitos exigidos para o deferimento da liminar pleiteada em momento processual oportuno.

5. **Adoto o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 e determino a requisição, com urgência e prioridade, de informações ao Presidente da República e ao Presidente do Senado Federal, a serem prestadas no prazo máximo e improrrogável de dez dias.**

Na sequência, **vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, para manifestação, na forma da legislação vigente, no prazo máximo e prioritário de cinco dias cada qual (art. 12 da Lei n. 9.868/1999)”.**

É o relatório.

Esta Advocacia do Senado se manifestou sobre o tema na ADI 4.917, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro nos seguintes termos (processo SF 00200.027724/2013-77):

“I. Relato

1. Cuida-se do Ofício n.º 16.482/2013, de 29 de novembro de 2013, no qual sua Excelência a Ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal solicita informações sobre o alegado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917, proposta pela Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O autor se insurge contra os percentuais fixados pelos arts. 42-B e 42-C, 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-C; 50-D e 50-E da Lei nº



SENADO FEDERAL

Advocacia

9.478/1997, na redação dada na redação dada pela Lei nº 12.734/2012, referente à distribuição dos royalties e participações especiais devidos pela exploração do petróleo e do gás natural.

Sustenta a incompatibilidade dos dispositivos impugnados com a norma contida no art. 20, § 1º da Constituição Federal, porque esta teria natureza compensatória para distribuição dos royalties aos estados e municípios produtores.

Defende que o novo diploma legal violaria o pacto federativo originário da Constituição Federal de 1988, porque o pagamento dos royalties e a fórmula de cobrança do ICMS sobre o petróleo no Estado de destino, e não no Estado de origem, constituiriam um sistema equilibrado entre estados produtores e não produtores que não poderia ser alterado por meio de lei ordinária.

Alega, ainda, a violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, bem como aos princípios da segurança jurídica, da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva, porque os dispositivos impugnados atingiriam as concessões já existentes, já constituídas há muito tempo, com expectativa e comprometimento das receitas provenientes da anterior distribuição dos royalties, causando um desequilíbrio orçamentário que *“impediria o cumprimento de inúmeras obrigações constitucionais, legais e contratuais dos Estados afetados”*.

Postula o deferimento de medida cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos impugnados, sustentando que teria um prejuízo imediato de R\$ 1,6 bilhões, podendo chegar a R\$ 27 bilhões até 2020, o que poderia comprometer uma série de obras e compromissos, inclusive a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

É o relatório.

II. Mérito – Fatos e Fundamentos jurídicos do pedido

II.1) Breve evolução normativa do regime de distribuição dos royalties e das participações especiais do petróleo e do gás natural.

1. Do início da exploração de petróleo no Brasil, em 1953, até o advento da Lei nº 12.734, de 2012, vigorou um sistema centrado no pagamento de royalties aos Estados e Municípios produtores e confrontantes.

Esse sistema surgiu junto com a indústria petrolífera no país, cujo marco foi a criação da Petrobrás e a implementação da Política Nacional do Petróleo, levada a cabo pela Lei nº 2.004/53. O regime permaneceu essencialmente inalterado mesmo com o início da exploração marítima do petróleo na década de 80, atividade que restou regulamentada pela Lei nº 7.435/1985.

A Constituição de 1988 tratou da matéria no §1º do art. 20 que, como visto, **delegou a tarefa de disciplinar o regime de participação nos resultados**



SENADO FEDERAL
Advocacia

da produção ou compensação financeira pela exploração da atividade ao legislador ordinário, que assim o fez por meio da Lei nº 7.990/89 e, posteriormente, da Lei nº 9.478, de 1997.

Com a descoberta de reservas de petróleo e gás natural nos campos de pré-sal a partir de 2006, acentuou-se ainda mais a necessidade de se estabelecer um novo marco regulatório da matéria. **A realidade da exploração de petróleo no Brasil modificou-se substancialmente nas últimas seis décadas, mas o critério de distribuição de royalties não acompanhou tal evolução.** Assim, entre os principais tópicos do novo marco, impunha-se a fixação de um modelo de distribuição de royalties que atendesse aos reclamos por um maior equilíbrio financeiro de todos os entes federados.

Esse cenário motivou o governo federal a encaminhar projetos de lei sobre a matéria ao Congresso Nacional. Diante da necessidade apontada acima de distribuir os recursos provenientes da exploração do petróleo e do gás natural entre entes não produtores e produtores, em respeito, ao princípio da isonomia e ao equilíbrio financeiro federativo, foram apresentadas as Emendas Ibsen (na Câmara dos Deputados) e Simon (no Senado Federal) que, ao final, resultaram na Lei nº 12.351/2010.

Contra a voz da maioria parlamentar que aprovou o projeto, o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva vetou o art. 64, que justamente alterava os percentuais de distribuição dos royalties e das participações especiais, ampliando os recursos destinados aos entes não produtores.

Retomado o debate no Poder Legislativo Federal, inclusive com intensa participação da sociedade civil, foi aprovado o Projeto de Lei nº 2565/2011 (Projeto nº 448/2011, no Senado), que redefiniu os percentuais dos royalties e das participações especiais entre os entes federados nos casos de exploração em zona econômica exclusiva, plataforma continental e mar territorial.

2. É importantíssimo ressaltar que o modelo de distribuição do royalties não foi alterado, mas tão somente os percentuais destinados aos Estados e aos Municípios confrontantes (**não se há falar em Estados produtores, porque não foram alterados os percentuais quando a exploração dá-se em lavras em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais ou lacustres**), à União e ao Fundo destinados aos demais entes da federação.

Novamente o Palácio do Planalto vetou os respectivos dispositivos, no que o Congresso Nacional, a demonstrar a força do anseio por uma nova partilha e **exercendo sua prerrogativa Constitucionalmente prevista**, derrubou os vetos parciais e restaurou a redação da Lei nº 12.734/2012, ora questionada pela presente ação direta de inconstitucionalidade.

3. Não se ignora que a Constituição pretendeu criar um regime diferenciado para os estados produtores e confrontantes, de forma a compensar a sobrecarga nos investimentos de infraestrutura e o passivo ambiental criado pela exploração do petróleo.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Entretanto, como se demonstrará adiante, a norma exige a consideração da situação dos entes produtores e confrontantes, mas não a exclusividade dos recursos. Ademais, não se poderia vislumbrar em 1988 que as reservas brasileiras provadas de petróleo e a produção fossem crescer nos patamares dos últimos vinte anos, e muito menos o que o preço do barril de petróleo teria um aumento vertiginoso na última década.

Segundo a Agência Nacional do Petróleo, o **Estado do Rio de Janeiro, em 1994** recebeu cerca de **15,5 milhões** de reais a título de royalties. Já em **2002**, o estado recebeu cerca de **1,7 bilhões de reais** a título de royalties e participação especial e **em 2011** este montante alcançou a astronômica cifra de mais de **7 bilhões de reais!**

Ora, nem o Rio de Janeiro, nem nenhum dos outros estados produtores ou confrontantes demonstrou que os investimentos realizados em função da atividade produtora de petróleo e gás natural cresceram no mesmo volume que os valores recebidos via royalties e participação especial. Sendo assim, fica evidente que há muito tais valores deixaram de representar a participação nos resultados e compensação idealizadas pelo constituinte de 1988, representando verdadeira fonte de relevante receita não compartilhada pelos demais Estados.

Logo, como **os royalties e a participação especial deveriam ser um instrumento de distribuição dos lucros e de compensação proporcionalmente afetados aos entes da federação e não uma fonte enriquecimento desproporcional**, nada mais razoável e constitucional do que reequilibrar a divisão dos percentuais, pois, como observou Miguel Reale, “*fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica*”, e como os valores permanecem os mesmos, faz-se necessária a mudança das normas para se adequarem a nova situação fática.

II.2) Natureza compensatória e redistributiva do direito assegurado pelo art. 20, parágrafo primeiro, da Constituição Federal. Interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional. Razoabilidade do ato legislativo impugnado. Proporcionalidade dos novos percentuais de distribuição. Constitucionalidade do ato legislativo.

A Constituição da República é clara ao estabelecer, em seu art. 20, §1º, que há dupla natureza nos royalties decorrentes da exploração dos recursos ali narrados, entre os quais o petróleo: (1) *participação nos resultados da exploração*; e (2) *compensação financeira pela exploração dos recursos*.

Da mesma forma, **o texto constitucional não estabelece quantidades mínimas ou máximas a serem pagas a fim de satisfazer cada uma dessas finalidades**; pelo contrário, deixa ao legislador a atribuição de fazê-lo, desde que preserve o direito dos entes que sofram as consequências da exploração.



SENADO FEDERAL

Advocacia

A própria possibilidade de fixação dos percentuais com base em faturamento ou lucro é decorrência dessa dupla natureza: caso a natureza fosse exclusivamente compensatória, os recursos deveriam ser calculados com base nas estimativas de danos sócio-ambientais, o que não é o caso. Esse, aliás, foi o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode ler, entre outros, do RE nº 228.800, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ. 16-11-2001, que foi invocado como fundamento de diversos acórdãos posteriores:

EMENTA: Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90). 1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. 2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. (RE 228800, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 25/09/2001, DJ 16-11-2001 PP-00021 EMENT VOL-02052-03 PP-00471)

Eis o teor da disposição constitucional que rege a matéria:

Art. 20. São bens da União:

(...)

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

(...)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Não é verdade que, pelo texto constitucional, apenas Estados e Municípios litorâneos ou confrontantes com a plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva façam jus à participação na exploração que ocorra nestes pontos do território nacional. Primeiro, porque esta redação chegou a ser



SENADO FEDERAL
Advocacia

proposta nos trabalhos da Constituinte e foi substituída pela atualmente vigente, donde se verifica a sua recusa na *mens legislatoris*, que resta, aliás, inequívoca pelo sentido do texto atual.

Segundo, porque a Constituição determina apenas a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na exploração que ocorra em seus respectivos territórios, e mesmo isso, na forma de lei federal.

Quanto ao mais, vige a liberdade da União para legislar sobre a exploração de seus próprios bens. Significa dizer que, em se tratando de exploração ocorrida na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, é maior a discricionariedade da União na conformação do modelo de distribuição dos royalties e na definição dos percentuais destinados aos entes federados.

Tanto é assim que, desde a edição da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, **já existia a previsão de transferência de percentuais a municípios não produtores**, nos termos de seu art. 9º. Vale ressaltar, nessa linha, que a composição do Congresso Nacional, então, era a mesma da extinta Assembleia Nacional Constituinte, o que demonstra inequivocamente que o propósito de participação nos resultados foi efetivamente, e desde sempre, levado a efeito pelo legislador, em cumprimento ao mandamento constitucional.

De igual maneira, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispôs em seu Anexo I e em seu art. 49 a divisão dos royalties de modo amplo entre estados e municípios produtores ou confrontantes, órgãos da União e **na constituição de fundo para estados e municípios não produtores**. Não se há falar, então, em uma mudança substancial no tratamento legislativo dado à matéria, ou de exclusividade no direito de alguns entes da federação à riqueza decorrente da exploração de bens da União.

Assim, pode a União distribuir a participação, na forma da lei federal, entre Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante os critérios que melhor lhe aprouver, desde que não desborde da isonomia, da proporcionalidade e não exclua o direito dos **Estados e Municípios produtores (e somente enquanto produtores)** a alguma porção desta participação/compensação, que lhes é assegurada constitucionalmente – **e não necessariamente à sua integralidade, sublinhe-se.**

Com efeito, o que se verifica é o mero inconformismo – que não tem densidade suficiente para tutela jurisdicional, muito menos cautelar – em relação à legítima e constitucional alteração de percentuais que, no entanto, guardaram estritamente o princípio da proporcionalidade e as necessidades – no que tange à compensação pelos danos e riscos da exploração – de todos os entes federados.

Assim, não é razoável que o autor venha a juízo, a agitar argumentos *ad terrorem*, quando é certo que a atuação do legislador põe a salvo os bens jurídicos constitucionais que se visa a preservar pela redação do §1º do art. 20 da Carta Constitucional.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Deveras, parece por vezes haver um **esquecimento geral de que esses recursos são bens da União, que somente tem dever jurídico de garantir a participação e compensação quando a sua exploração ocorrer dentro do território do Estado ou Município**. Não há mar territorial, nem zona econômica exclusiva, nem plataforma continental que sejam territórios municipais ou estaduais.

É preciso afirmar com clareza que, no caso de exploração do petróleo no território físico estadual ou municipal, não houve alteração legislativa significativa. O conjunto normativo ora atacado não modificou os percentuais de distribuição de royalties relativos à exploração dos recursos em terra¹.

Entretanto, **a equiparação do mar territorial, da plataforma continental ou da zona econômica exclusiva a território do Estado ou do Município importa a negação expressa de uma regra que consta da matriz originária do texto constitucional** e, por isso, é insuscetível de qualquer reparo judicial: esses são bens da União, conforme consta dos incisos do art. 20 da Constituição da República.

A interpretação que estende a expressão “no respectivo” à menção do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva está equivocada por três razões. A primeira, porque conduziria a um erro gramatical de concordância e paralelismo, que não deve ser suposto pelo intérprete. A segunda, porque conduziria a uma atecnia jurídica, dado inexistir território marítimo estadual ou municipal em nossa ordem jurídica (pois são bens e territórios da União). A terceira, porque tornaria inócua a menção a órgão da União como partícipe dos royalties, já que não há nenhum órgão com território, evidentemente.

Assim, a interpretação que deve prevalecer é a de que: a) quanto à exploração ocorrida em seu território físico, o estado ou município (ou o DF) tem direito a compensação e/ou participação (royalties), em medida suficiente e adequada, não excluía a participação de terceiros, consoante a vontade do legislador da União; b) quanto à exploração ocorrida nos territórios marítimos citados na disposição constitucional, todos os Estados, DF e Municípios têm direito a alguma participação, que pode ser diferenciada em função das consequências da exploração e de outros critérios estabelecidos em lei.

Outras eventuais investigações acerca de razões ocultas ou subjacentes para o pagamento de royalties, que desbordem da expressão exata do texto constitucional, são exercícios de subjetivismo que interessam muito mais à psicologia que ao direito. *Legem habemus*.

Nesse sentido, a concessão legal de direito de participação nos resultados de exploração do petróleo a Estados, DF e Municípios, **quando a**

¹Seja no regime de concessão, seja no regime de partilha, os percentuais dados a título de royalties devidos pela exploração em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres não foram modificados pela derrubada dos vetos presidenciais sobre a lei em questão.





SENADO FEDERAL
Advocacia

exploração ocorrer fora de seu território, configura o atendimento a um comando constitucional que, no entanto, não determina qualquer preferência ou exclusividade aos entes confrontantes; portanto, ao fazê-lo, a União elegerá os critérios que julgar mais apropriados, e notadamente, no presente caso, aqueles que se referem a tornar viável a realização dos objetivos nacionais, contidos no art. 3º da Carta Política, tais como “*garantir o desenvolvimento nacional*” e “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

Finalmente, **o novo modelo de divisão dos recursos mostra-se mais conforme ao princípio da proporcionalidade**, na medida em que abandona a concentração excessiva das receitas em apenas alguns Estados, em um cenário de “superfinanciamento” dos impactos gerados pela exploração nos chamados Estados produtores. Ou seja, hoje, a manterem-se as regras postas, o STF estará endossando uma espécie de ‘sobrecompensação’ aos Estados produtores.

A dupla finalidade do §1º do art. 20 obriga o intérprete a desconsiderar argumentações que privilegiem a compensação como única razão para a cobrança dos royalties. Consequentemente, deve-se entender que somente uma parcela dessa receita deve ser distribuída sob esta égide (privilegiando-se, obviamente, os Estados e Municípios que suportam, mais fortemente, os impactos da exploração), devendo-se o restante ser distribuído entre todos os Estados, da forma mais proporcional possível, segundo critérios *absolutamente independentes* dos eventuais impactos gerados pela exploração, já que fundada, esta outra parte da distribuição, na participação nos resultados garantida pela Constituição.

E aqui, temos de reconstruir o caminho lógico dos fatos, que comprovam a desproporcionalidade da divisão anterior: (i) o surgimento inesperado de novas reservas de petróleo e gás ao longo dos últimos anos gerou um incremento exponencial da produção e, consequentemente, das receitas oriundas dos royalties; (ii) aliado a isso, tivemos uma valorização enorme do preço do barril de petróleo no mercado internacional; (iii) assim as receitas geradas pela exploração aos Estados e Municípios impactados pela cadeia produtiva do petróleo em muito passaram a sobejar o razoavelmente necessário à mitigação dos impactos sociais, econômicos e ambientais. Portanto, **muito do que os Estados produtores recebem hoje como receita de royalties, em realidade, prestam-se menos a compensá-los e mais a lhes garantir uma participação nos resultados da exploração**. E, sob este fundamento, não resistem razões capazes de justificar uma parcela maior para os Estados e Municípios produtores exclusivamente porque o são, já que em relação a esta parte dos recursos, todos os Estados devem ser tratados com igualdade, segundo uma aplicação adequada do princípio da proporcionalidade.

Sabe-se que através do princípio da proporcionalidade, visa-se avaliar a correlação entre os fins visados e meios empregados nos atos do Poder Público. Não serve para aferir a legitimidade de todo e qualquer ato ou decisão do Estado,



SENADO FEDERAL

Advocacia

mas somente aqueles em que haja uma relação de causalidade entre meio e fim.² Estruturalmente, é dividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Também conhecido como subprincípio da idoneidade, a adequação impõe duas exigências a toda medida de intervenção nos direitos fundamentais: que tenha um fim constitucionalmente legítimo e que seja idônea para favorecer sua obtenção. O fim que fundamenta a intervenção legislativa em um direito fundamental deve ser considerado legítimo quando não esteja proibido explícita ou implicitamente pela Constituição.³ Além disso, é necessário examinar se os meios empregados são instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado. No caso concreto, a nova divisão busca incrementar o tratamento igualitário entre os entes federados e incentivar o desenvolvimento nacional e regional, todos fins previstos na Constituição e efetivamente favorecidos pelo novo modelo de repartição.

Ainda sob este subprincípio, convém acrescentar que a maior parte da doutrina constitucional amolda-se ao **conceito fraco de adequação**, pelo qual a providência restritiva de direitos será entendida como idônea desde que, *de alguma forma*, contribua para o atendimento do fim almejado, sendo possível que o cumprimento desse fim seja apenas parcial. Tal noção débil leva a um conceito *negativo* do subprincípio que entende inadequados ou inidôneos somente os meios que se revelem *completamente* inócuos ou ineficientes para obter o fim pretendido.⁴ Tudo para se buscar um equilíbrio com o princípio democrático que implica conceder, necessariamente, uma margem de apreciação ou de conformação ao legislador na escolha dos meios que entender mais adequados e convenientes para a realização de um fim não constitucionalmente proibido.⁵

² Esta a opinião de ÁVILA. Op. cit., p. 104-105.

³ O princípio democrático implica a liberdade de fins do Legislador, isto é, a possibilidade de este se propor legitimamente qualquer fim (ainda que não previsto na Constituição), desde que não a contradiga e/ou não esteja por ela proibido. Somente desta maneira se alcança um equilíbrio entre os princípios da Supremacia da Constituição e a máxima eficácia dos direitos fundamentais de um lado, e o princípio democrático do outro. Destarte, o fim será legítimo se não estiver proibido pela Constituição.

⁴ Nesse sentido, NOVAIS, op. cit., p. 738; PULIDO, op. cit., p. 720; GAVARA DE CARA, op. cit., p. 303. No Brasil, defendem esta tese, os professores ÁVILA. Op. cit. p., 121 e PEREIRA, Op. cit., pp. 329-330.

⁵ O conceito forte da idoneidade conduz à idéia de que, à exceção da medida mais eficaz para atingir um meio, todas as outras devam ser consideradas inconstitucionais já na primeira etapa da aferição da proporcionalidade, deixando ao legislativo um conjunto de escolhas muito restrito, situação incompatível com o princípio da separação de poderes, na medida em que ao Judiciário estaria facultado impor ao Legislativo sua concepção acerca





SENADO FEDERAL
Advocacia

Também conhecido como subprincípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, o **subprincípio da necessidade** determina que dentre as várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente adequadas ao alcance de um fim, deve-se optar por aquela que menos restrinja outros direitos, ou seja, a medida necessária será a menos gravosa para o direito afetado, dentre as disponíveis.

No caso concreto, os dois caminhos alternativos são a continuidade do velho modelo de repartição ou o endosso do novo modelo aprovado pelo Congresso Nacional. Evidentemente, considerando-se verdadeira a premissa de que, hoje, os Estados ‘produtores’ (confrontantes) são ‘sobrecompensados’ ao receberem uma receita maior do que a necessária à consecução da primeira finalidade constitucional, o que temos é uma restrição excessiva ao interesse legítimo dos demais Estados em receber uma participação mais equânime dos resultados financeiros da exploração (parcela que lhes cabe, caso não sofram os impactos da exploração). Ademais, também viola o subprincípio da necessidade, já que prejudica os demais Estados e Municípios para atingir uma finalidade que poderia ser obtida com muito menos recursos, segundo um outro modelo de repartição de receitas, exatamente o previsto na Lei nº 12.734/2012.

Finalmente, o **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**, consistente em uma ponderação entre o grau de restrição a um direito fundamental e a importância da realização do fim que fundamenta essa restrição. Em outras palavras, uma medida específica será proporcional em sentido estrito se, e somente se, o “atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensar os prejuízos que desta advenham para os direitos fundamentais”.⁶ Basicamente, portanto, compara os *efeitos negativos* e os *efeitos positivos* da medida.

No caso concreto, parece evidente o peso superior que deve ser concedido ao novo modelo de repartição, o qual, além de não inviabilizar a compensação financeira dos Estados e Municípios produtores – que hoje recebem mais do que o necessário ao financiamento de políticas relacionadas à mitigação e controle dos impactos sofridos e passarão a receber somente o estritamente necessário a tal finalidade – ainda incrementa outros objetivos constitucionais, conforme visto acima.

II.3) Pacto Federativo. Regime diferenciado do ICMS. Vontade subjetiva do legislador constituinte. Irrelevância. Vontade objetiva do texto constitucional. Discricionariedade do legislador para a distribuição dos

dos meios mais eficientes para o atingimento dos fins estatais, tarefa mais atinente às funções legislativas.

⁶ PEREIRA, op. cit., p. 346.





SENADO FEDERAL
Advocacia

royalties do petróleo e do gás natural. Aumento elevado das receitas. Possibilidade de revisão dos percentuais de distribuição por lei ordinária.

1. Contrariamente ao defendido na peça inicial, não procede a tese de que a alteração das regras em questão desbalanceariam a equação financeira que compensou com *royalties* e participações especiais os estados de que se extraem petróleo e gás natural pela tributação no destino dos produtos derivados desses hidrocarbonetos.

2. É que a infraestrutura financeira do equilíbrio federativo não deve ser perquirida exclusivamente na dimensão normativa do direito, mas na confluência desta à dimensão empírica do direito, para usar a terminologia de Robert Alexy.

Não se poderia vislumbrar em 1988 que as reservas brasileiras provadas de petróleo e a produção fossem crescer da forma verificada nos últimos vinte anos, e muito menos que o preço do barril do petróleo aumentaria significativamente na última década.

Como já mencionado, segundo a Agência Nacional do Petróleo, o **Estado do Rio de Janeiro**, em **1994**, recebeu cerca de **15,5 milhões de reais** a título de royalties. Já em **2002**, o estado recebeu cerca de **1,7 bilhões de reais** a título de royalties e participação especial e em **2011** chegou-se à astronômica cifra de mais de **7 bilhões de reais**.

Esses números apenas confirmam que a finalidade do art. 20, § 1º, da Constituição foi a de permitir ao Congresso Nacional assegurar o equilíbrio federativo mediante a concepção de um instrumento adaptável no tempo, ou seja, mediante a possibilidade de alteração dos critérios e percentuais de distribuição dos royalties e das participações especiais oriundos da exploração do petróleo e do gás natural, na medida em que modificadas as circunstâncias fáticas e econômicas.

3. A plausibilidade da tese jurídica da violação ao princípio federativo é completamente afastada pela fácil constatação de que o regime jurídico da Lei nº 12.734 de 2012 é muito mais idôneo para a consecução dos objetivos fundamentais da Constituição que o regime vetusto.

Este canalizaria bilhões de reais de uma riqueza impensável em 1988 a Espírito Santo, São Paulo e Rio de Janeiro, que são considerados os estados mais ricos do país. Aquele distribui esses recursos, de forma a eliminar a desigualdade da vida social brasileira em todas as suas dimensões, incluindo a dimensão regional.

Os novos percentuais de distribuição já foram fixados considerando as normas constitucionais vigentes, entre as quais as que disciplinam o ICMS sobre o petróleo no destino e não na origem. Assim, o percentual diferenciado e destacado para os Estados confrontantes já foi estipulado pelo legislador com a observância de tal peculiaridade.



SENADO FEDERAL

Advocacia

4. A opção do legislador é tão razoável que o sistema proposto poderia ser depreendido pelo STF das normas da própria constituição. Portanto, os dispositivos impugnados resgataram a observância do pacto federativo, afastando o privilégio de alguns entes da federação em detrimento dos demais, considerando o incremento do volume de produção e do preço do barril do petróleo, que todos são iguais e merecem o mesmo tratamento do legislador federal.

Outro argumento que carece de amparo (salvo a retórica) é a de que os *royalties* foram constitucionalmente instituídos para compensar a perda do ICMS e que constituiriam essência do pacto federativo. Em primeiro lugar cabe registrar que, ao contrário do que faz imaginar o autor, os estados produtores ou confrontantes não têm apenas ônus quando se trata da exploração dos bens da União. Os empregos diretos e indiretos, o fomento à pesquisa e o desenvolvimento do *know how* relativo aos processos envolvidos, somente para citar alguns, são benefícios indissociavelmente ligados à exploração e cujo usufruto se dá especialmente pelos estados produtores ou confrontantes.

Em segundo lugar, a disposição acerca da destinação do ICMS ao estado onde ocorrer o consumo (art. 155, §4º, I da CR/1988) foi incluído pela EC 33/2001. **Não se trata, portanto, de definição do Poder Constituinte Originário**, como quis fazer crer o autor. Mesmo por isso não há nenhuma ligação entre as disposições introduzidas pela EC 33 e o pacto federativo, pois se a afirmação do autor fosse verdadeira a própria EC 33 estaria maculada por inconstitucionalidade por ter alterado o pacto federativo.

4. Por outro lado, o requerente não demonstrou que os recursos que passará a receber não serão suficientes para lhe assegurar a compensação prevista no art. 20, §1º da Constituição Federal, deixando, assim, de indicar os valores que serão recebidos pelos Estados não confrontantes, para a análise comparativa em relação aos que serão recebidos pelos Estados confrontantes, inclusive a título de ICMS, o que só assim viabilizaria a análise de suas alegações e a aplicação do princípio da proporcionalidade, com base em elementos concretos e não meramente subjetivos.

Portanto, os dispositivos impugnados resgataram a observância do pacto federativo, afastando o privilégio de alguns entes da federação em detrimento dos demais, considerando o incremento do volume de produção e do preço do barril do petróleo, não havendo que se falar em violação da autonomia dos estados confrontantes, já que a edição da lei é fruto do exercício da autonomia da União (art. 18 da Constituição Federal), que restaria violada com eventual declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

II.4) Concessões celebradas com base na legislação anterior.
Observância do princípio da segurança jurídica, do direito adquirido e do ato





SENADO FEDERAL
Advocacia

jurídico perfeito. Boa-fé objetiva. Fato do príncipe. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Expectativa de direito ao recebimento dos valores futuros.

1. Como já referido, o art. 20, § 1º, da Constituição Federal, outorgou ao Congresso Nacional a criação de um regime jurídico capaz de assegurar aos entes produtores, confrontantes e não produtores a participação nos resultados e a compensação pela exploração do petróleo e derivados.

2. A significativa elevação dos recursos dos royalties após a promulgação da Constituição Federal de 1988 modificou a natureza do percentual diferenciado recebido pelos estados confrontantes, que deixou de ser preponderantemente compensatória para ter nítido caráter fiscal, passando a integrar valorosas somas aos respectivos cofres públicos, como receitas significativas e desproporcionalmente mais vantajosas em relação às recebidas pelos estados não confrontantes, o que resultou em tratamento privilegiado a alguns Estados.

Como já destacado, atualmente os valores de recebimento dos Estados a título de royalties de 1994 até 2011 é muito superior a mais otimista previsão.

A petição inicial do Estado do Rio de Janeiro deixa clara tal realidade, pois os alegados prejuízos que seriam causados estão relacionados a despesas não destinadas a compensar o estado confrontante pelo desenvolvimento da atividade próximo ao seu território, eis que admite expressamente na inicial que boa parte do montante seria destinado a amortização de dívida com a União e que o valor da “perda em 2013 superaria toda a renda obtida, em 2012, com o IPVA e o ITD juntos”, revelando, claramente, que a diferença dos recursos recebidos deixou de ter natureza compensatória.

3. A fim de reparar a inconstitucionalidade que passou a existir, o Congresso Nacional, com a aprovação dos representantes do povo e dos estados, legitimamente eleitos pelo regime democrático, editou o diploma legal impugnado, reparando o vício, a injustiça, a desigualdade e a desproporcionalidade que passou a existir, definindo novos critérios de distribuição da receita originária auferida pela União pela exploração de seu patrimônio.

O diploma legal impugnado **apenas disciplina novos critérios de distribuição dos royalties**, permitindo o reequilíbrio da distribuição da riqueza auferida pela União, para assegurar aos Estados não confrontantes a participação mais justa, democrática e igualitária em tais recursos, **respeitando-se as peculiaridades dos Estados confrontantes, para lhes assegurar percentual diferenciado, suficiente e proporcional para a compensação determinada pelo art. 20, § 1º da Constituição Federal**, que ainda é bem superior àqueles atribuído aos Estados não confrontantes.

4. Deve-se notar que o Congresso Nacional não deu efeito de retroatividade máxima à lei (alterando valores de royalties de petróleo já





SENADO FEDERAL
Advocacia

produzido) ou mesmo média (alterando valores de royalties porventura ainda não pagos de petróleo e gás já extraídos), **mas tão somente retroatividade mínima (royalties devidos sobre petróleo produzido após a vigência da nova lei).**

5. Registre-se, também, que o novo diploma legal não causou qualquer impacto no patrimônio ou nas relações jurídicas já constituídas pelos estados confrontantes, não havendo que se falar, portanto, em retroatividade da norma ou violação das garantias constitucionais do direito adquirido e da segurança jurídica, que constituem direitos fundamentais de proteção do cidadão para impor prestações negativas ao Estado.

A teoria do ato jurídico perfeito visa a moderar a retroação de leis, protegendo situações jurídicas consolidadas. **Direito adquirido é a consequência de fato aquisitivo realizado por inteiro.**

O **fato**, *in casu*, é a **produção de petróleo ou gás** natural, em consequência de que são pagos royalties. Qual seria outro fato aquisitivo a proteger o autor da presente ADI de alterações no regramento ordenado pelo parágrafo primeiro do artigo 20 da Constituição? Não há, por óbvio.

O que há, de fato, neste caso dos royalties, é **expectativa de direito**, que é a simples esperança, resultante do **fato aquisitivo incompleto**. Ou seja, o Estado do Rio de Janeiro fará jus a royalties se e quando se der a efetiva produção dos bens da União, segundo o regime jurídico fixado pela lei sob a qual se der a produção do petróleo.

De fato, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo Art. 6º, § 1º, bem define que se reputa "*ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*". A produção de petróleo se consuma dia a dia, em volumes exponencialmente crescentes, como se viu, do que decorreu a necessidade de reajustar os percentuais de distribuição.

Qual seria, é de se reiterar a pergunta, o fato consumado que tornaria imutáveis os percentuais de royalties destinadas a cada unidade federada? Será razoável a expectativa do autor, de que **os demais entes federado esperem 35 anos** (prazo de validade médio dos contratos em vigor) **para participarem de forma justa da divisão de royalties?**

6. O acolhimento das alegações do requerente conduziria ao inusitado reconhecimento de direito adquirido a percentual que incidirá sobre fatos geradores futuros, criando precedente perigoso, capaz de obstar ou colocar em risco a futura atividade legislativa do Congresso Nacional, especialmente no que toca à pretendida reforma tributária, já que os entes federados eventualmente prejudicados em caso de redefinição de percentuais certamente invocariam tal precedente para obstar a eficácia da norma.

Contudo, o Legislador não pode ser impedido de legislar sobre todo e qualquer regime jurídico vigente. O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento quanto à possibilidade de modificação regime jurídico, não reconhecendo a existência de direito adquirido ao regime anterior (RE 593.3004-



SENADO FEDERAL
Advocacia

AgR, rel. Min. Eros Grau; RE 469.834-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia; AI 609.997-Agr, rel. Min. Cezar Peluso; AI 679,120-AgR, rel. Min. Celso de Mello; RE 403.922-AgR, rel. Min. Ellen Gracie).

Vale mencionar os ensinamentos do professor Uadi Lammêgo Bulos:

"Ora, ao se dizer que inexistente direito adquirido a regime jurídico de instituto de direito não se está indo de encontro à garantia estampada no art.5º, inc. XXXVI, da Constituição. Isto porque fatos realizados por inteiro, simples esperanças ou meras possibilidades legais não se enquadram no citado inc. XXXVI. Logo, **se a lei nova mudar regime jurídico de instituto de direito, alicerçado** num direito consumado, **numa expectativa de direito** ou numa simples faculdade legal, **esta alteração se aplicará imediatamente. Não há direito adquirido nesses casos.**"

6. Nesse aspecto não há qualquer violação ao **ato jurídico perfeito ou ao princípio da segurança jurídica**, eis que a Lei impugnada não retroagiu para se aplicar às concessões já celebradas. Também não há aplicação retroativa da norma, porque não atinge os royalties já distribuídos sob a égide e pelos critérios da legislação anterior. As concessões já celebradas também não sofrem qualquer alteração pela edição da nova lei.

7. Aliás, apenas complementando o argumento, convém registrar que eventual **ajuste** jurídico entabulado entre a Administração e o particular se e quando realizado, foi em nome da União, que é a titular do bem. O ente federado destinatário dos recursos, nos termos da lei, será, quando muito, beneficiário do ajuste, mas nunca titular dessa relação jurídica. Portanto, os dispositivos impugnados não atingem os contratos de concessão em curso, porque pouco importa aos concessionários a quem serão destinados os valores dos royalties e das participações especiais, bem como sob qual percentual.

8. No que tange à alegação de suposto prejuízo em decorrência de contratos firmados com a União, para pagamento de dívida, também não se revela fundamento para declarar inconstitucional lei amplamente aprovada pelo Parlamento.

É que o contrato administrativo, como se sabe, é o acordo entre o Poder Público e terceiros em que condições pactuadas se sujeitam a alterações decorrentes de interesse público. Caio Tácito dizia, sobre a tônica do contrato administrativo, que esta *"se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público"*.

Estes contratos são celebrados entre a União e as empresas exploradoras da atividade, de modo que o autor da presente ADI não é parte na relação contratual, e não pode, portanto, invocar quebra de contrato, que ademais está sujeito aos interesses do ente público dono do bem: a União.

Se o autor celebrou contratos distintos daqueles referentes à exploração de petróleo e gás, estes celebrados entre o autor e a União, e que



SENADO FEDERAL
Advocacia

podem vir a sofrer com as graduais alterações anuais previstas na Lei, pode ser que incidam as causas justificadoras da inexecução do contrato. Em contratos particulares de prestações sucessivas, vê-se implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, ou teoria da imprevisão, a autorizar reajuste de avença que se tenha se tornado ruína para uma das partes em razão de fato anormal, imprevisível. Não é o caso presente, já que houve edição de norma de caráter geral (lei) pelo Poder Público que se alega ter causado desequilíbrio econômico-financeiro: fato do príncipe.

Se a impossibilidade de descumprimento se deu em razão da gradação anual de regras de distribuição de royalties apresentada pela Lei 12.734/12, é de investigar se houve mesmo causa para rediscutir estes contratos especificamente, isto é, caso a caso. Mas tudo isto se é que de fato ocorreu o desequilíbrio econômico-financeiro causado pela "álea administrativa".

9. Por fim, registre-se que não há a alegada violação dos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Sabe-se que a boa-fé decorre da *bona fides* romana e está ligada ao direito privado, quer em seu sentido objetivo (lealdade, lisura, correção...) quer em seu aspecto subjetivo (estado de ignorância). **Embora a boa-fé objetiva venha se estendendo ao direito público, sua influência limita-se à atuação contratual**, com base na culpa *in contrahendo*, tendo em vista a **indisponibilidade do interesse público**.

10. A segurança jurídica, por sua vez, consubstancia um princípio jurídico que se ramifica em duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que diz respeito à impossibilidade de retroatividade dos atos do Estado. A segunda, de natureza subjetiva, concerne à proteção da confiança às pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Sabe-se que a segurança jurídica é um direito fundamental e princípio de cláusula aberta. Liga-se ao estado de normalidade e implica a adoção pelo Poder Público de comportamentos não contraditórios.

O que o aspecto objetivo da segurança jurídica veda é afetar relações jurídicas já exauridas ou cujo direito, de execução instantânea, já esteja no patrimônio jurídico de seu titular, que não será afetado no presente caso.

11. O princípio da proteção à confiança revela a necessidade de preservar a continuidade do comportamento estatal, nas relações jurídicas que se protraem no tempo. Isto não significa o engessamento das relações, sobretudo em face da competência do Poder Legislativo de editar leis e alterar regimes jurídicos.

Estreitamente ligada ao princípio da confiança, a boa-fé objetiva se define como um conjunto de valores que devem pautar as relações contratuais como modelo de conduta, um padrão jurídico definido pela atuação de acordo com



SENADO FEDERAL
Advocacia

referências de lisura e correção, em que se protege a legítima confiança das partes envolvidas na relação jurídica. É a boa-fé conduta.

De modo a preservar esses importantes princípios, a doutrina vem recomendando que as alterações legais relevantes devem conter regras de transição, como a Lei, de fato, previu percentuais gradativos. Deste fato resulta claro a preocupação para que os entes confrontantes possam se adequar ao novo regime, estipulando um percentual já diferenciado para vigência imediata, que apenas afastava a expectativa de direito em receber o montante decorrente da aplicação do percentual da legislação revogada.

Ao final de 2019, operada a regra de transição, o Estado confrontante terá queda de 30% para 20% (quando a exploração for até 5%), enquanto os demais Estados e Distrito Federal receberão, desconsiderando os critérios do FPE, em média, 1,04% dos royalties.

Quando a exploração ultrapassar o percentual de 5%, os Estados confrontantes terão um decréscimo de 2,5%, passando sua participação dos atuais 22,5% para 20%, ao passo que os demais Estados e Distrito Federal receberão, desconsiderando os critérios do FPE, em média, os mesmos 1,04% dos royalties.

Vê-se, portanto, que a situação do Estado confrontante continuará privilegiadíssima nos critérios de distribuição dos royalties incidentes sobre a exploração de um bem pertencente à União.

A par disto, afirma-se que a Lei que modifica percentuais de distribuição de royalties, com alterações gradativas ao longo do tempo e em função do aumento exponencial do preço e produção do petróleo brasileiro, após ampla discussão envolvendo todas as unidades federadas, não é inconstitucional.

Ainda que assim não fosse, a própria natureza da atividade enseja a variação ou redução dos valores recebidos pelos Estados confrontantes, em decorrência da alteração do valor do barril do petróleo, como já ocorreu, o que demonstra a necessidade de tais entes da federação terem uma programação orçamentária mais eficiente, não sendo razoável exigir a imutabilidade da distribuição com amparo nos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido, da proteção à confiança e da boa-fé.

II.5) Impossibilidade de modulação dos efeitos. Lei que estabelece regras de transição para a modificação dos percentuais. Arbitrariedade da substituição dos critérios de transição do legislador pelos critérios de transição do Supremo Tribunal Federal.

1. O novo marco regulatório trazido pela Lei nº 12.734/2012, aqui impugnado, ao destinar uma maior parcela dos royalties decorrentes da produção na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva a fundos especiais direcionados a todos os estados e municípios e ao Distrito



SENADO FEDERAL
Advocacia

Federal, busca cumprir o desiderato de promover o desenvolvimento isonômico do país como um todo e não só dos entes confrontantes.

O modelo vigente desde a Lei nº 9.478/97 trouxe, ao longo dos anos, um forte desequilíbrio federativo⁷, evidenciado na comparação entre os pagamentos de participação especial sobre a produção de petróleo e gás natural aos municípios brasileiros⁸:

Beneficiário/ Estado	Ano	Participação especial
Marechal Deodoro/AL	2012	R\$0,00
Coari/AM	2012	R\$ 11.927.000
Camposdosoytacazes/RJ	2012	R\$ 628.376.000,00
Presidente Kennedy/ES	2012	R\$ 85.690.000,00
Pojuca/BA	2012	R\$1.000,00

Tratava-se, portanto, de distribuição altamente assimétrica que olvidava e violava a forma de Estado adotado pela Constituição da República, qual seja o Federalismo cooperativo.

2. É certo que a participação total dos estados e municípios confrontantes será menor no novo marco regulatório. Esse fato, contudo, não é suficiente por si só para determinar qualquer vício de constitucionalidade da nova regra, ainda mais tendo em conta que a nova sistemática adotada propicia uma redistribuição de renda pautada em critérios que retratem a realidade socioeconômica dos destinatários das transferências dotando “o federalismo cooperativo brasileiro de mais um instrumento apto a promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico do país”.⁹

⁷ “Em 2011, foram arrecadados aproximadamente R\$ 13 bilhões em royalties, valor que excedeu em 30,8% o de 2010. Deste montante, 29,6% destinaram-se aos estados produtores ou confrontantes; 34,2% aos municípios produtores ou confrontantes; 12,4% ao Ministério de Ciência e Tecnologia; 5,9% ao Comando da Marinha; e 8% ao Fundo Especial dos Estados e Municípios. Ao Estado do Rio de Janeiro, maior produtor nacional de petróleo e gás natural, juntamente com seus municípios, destinaram-se 39,4% do total arrecadado no País a título de royalties, cabendo à esfera estadual 19% desse percentual.” ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis . Anuário estatístico brasileiro do petróleo e do gás natural. Rio de Janeiro: ANP, 2012. p. 89

⁸ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis . Anuário estatístico brasileiro do petróleo e do gás natural. Rio de Janeiro: ANP, 2012. p. 91

⁹ Trecho retirado do voto do Ministro Gilmar Mendes nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243.



SENADO FEDERAL

Advocacia

3. Ainda sobre a alegada queda substancial de receita, de forma a comprometer a saúde financeira dos “Estados Produtores”, vale aqui transcrever parte do Parecer nº 1.109/2011 apresentado à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal:

Achamos importante esclarecer melhor o item ii. Algumas matérias, como o PLS no 574, de 2011, apensado ao projeto sob análise, e o PL no 8.051, de 2010, enviado pelo Poder Executivo e ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, propõem alterar somente a distribuição dos royalties da partilha. Preserva, assim, a distribuição dos royalties e da participação especial sob o regime de concessão.

Ocorre que, de acordo com o Plano Decenal de Energia (PDE) 2020, elaborado pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), do Ministério de Minas e Energia, até 2020, quase toda a produção de petróleo deve ocorrer sob o regime de concessão. Mais especificamente, da produção prevista de 6 milhões de barris/dia, nada menos que 5,7 milhões de barris/dia serão provenientes de campos concedidos. O restante, em sua grande maioria, deve vir das áreas cedidas onerosamente para a Petrobras, nos termos da Lei no 12.276, de 2010.

Assim, para atender ao objetivo – extremamente justo, em nossa opinião – de uma melhor distribuição das receitas do petróleo, é necessário alterar as regras de distribuição para os contratos em andamento. Destaque-se que, de forma alguma, a imposição de novas regras para distribuição dos royalties e participação especial pode ser vista como quebra de contrato.

O contrato é entre a União e a empresa de petróleo. Esse contrato estabelece a alíquota dos royalties, as regras de cálculo da participação especial, mas é silente no que diz respeito à distribuição dessas receitas. E nem poderia ser diferente! O que interessa para a empresa de petróleo é o valor que paga à União, a forma como esses recursos são distribuídos é irrelevante.

É verdade que, para os blocos já licitados, os produtores receberão o equivalente aquilo que receberam em 2010. Entretanto, esse valor será temporário, pois, à medida que os contratos que deram origem às respectivas receitas expirarem, o montante a ser transferido para Estados e Municípios será reduzido proporcionalmente, até zerar, quando do término de todos os contratos. Adicionalmente, Municípios e Estados que não eram produtores em 2010 e que vierem a ser, não terão direito ao tratamento diferenciado previsto na Constituição.

Felizmente, esse desacordo com a Constituição pode ser facilmente sanado; basta garantir aos entes produtores alguma forma de compensação. Nesse sentido, o substitutivo apresentado estipula percentuais dos royalties e da participação especial que serão direcionados aos entes produtores. Os percentuais foram escolhidos de forma a lhes garantir uma receita de R\$ 11,1 bilhões em 2012, supondo, de forma bastante realista, uma arrecadação de royalties de R\$ 13 bilhões, e de participação especial de R\$ 15 bilhões. Em 2020, os entes produtores receberão nada menos que R\$ 19,8 bilhões, supondo uma arrecadação total de quase R\$ 80 bilhões.

Essas projeções basearam-se nas previsões de produção de petróleo e gás natural constante do PDE/2020, supondo, conforme já mencionado, que praticamente toda a produção do petróleo e gás natural até 2020 ocorrerá em áreas concedidas. Para as projeções acima, não foi considerado a dedução da parcela de produção de gás natural reinjetada nos campos do petróleo.

Resta salientar, ainda na questão de perda de arrecadação dos Estados, que o novo normativo estabelece um direito de transição no intuito de proteger as expectativas de direito dos Estados e Municípios confrontantes. Com base nos postulados da proteção da confiança e da proibição do retrocesso, o novo marco regulatório adota razoáveis regras transitórias, estabelecendo uma





SENADO FEDERAL

Advocacia

queda gradual da percentagem de royalties destinados aos Estados e Municípios “confrontantes”. Trancreeve-se, por oportuno, os artigos 49-A e 50-B da Lei nº 12.734/2012:

Art. 49-A. Os percentuais de distribuição a que se referem a alínea “b” do inciso II do art. 48 e a alínea “b” do inciso II do art. 49 serão reduzidos:

I - em 2 (dois) pontos percentuais em 2013 e em cada ano subsequente até 2018, quando alcançará 5% (cinco por cento);

II - em 1 (um) ponto percentual em 2019, quando alcançará o mínimo de 4% (quatro por cento).

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de 4% (quatro por cento).

Art. 50-B. O percentual de distribuição a que se refere o inciso II do § 2º do art. 50 será reduzido:

I - em 2 (dois) pontos percentuais em 2013, quando atingirá 32% (trinta e dois por cento);

II - em 3 (três) pontos percentuais em 2014 e em 2015, quando atingirá 26% (vinte e seis por cento);

III - em 2 (dois) pontos percentuais em 2016, em 2017 e em 2018, quando atingirá 20% (vinte por cento).

Parágrafo único. A partir de 2018, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de 20% (vinte por cento).

4. Ora, o indigitado normativo estabelece uma redução gradual da percentagem devida aos Estados e Municípios até os anos de 2019 e 2018, data em que o percentual se torna fixo. **Trata-se de um regime de transição razoável, em que o Poder Legislativo, com base nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, não foi indiferente às expectativas jurídicas dos “Estados Confrontantes”** garantindo um regime de transição aceitável, com regras que se prolongam por quase seis anos.

5. Não se descarta de que é possível modular os efeitos da declaração de constitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringindo os efeitos dela ou estabelecer que ela somente tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que vier a ser fixado (art. 27 da Lei nº 9.868/1999), entretanto **o presente normativo estabeleceu um regime de transição que torna desnecessária qualquer intervenção do Poder Judiciário para estabelecer que a constitucionalidade do normativo em questão só tenha eficácia a partir de um momento futuro.**

III - Conclusão.

Ante o exposto, entende-se que a presente ADI nº 4.917 deva ser julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade da legislação impugnada.”



SENADO FEDERAL
Advocacia

Por idênticas razões, s.m.j., a presente Ação Direta não comporta procedência.

Brasília, 2 de janeiro de 2017

[vide assinatura eletrônica]
SÉRGIO PAULO LOPES FERNANDES
Advogado do Senado, OAB/DF 12.865

[vide assinatura eletrônica]
THOMAZ GOMMA DE AZEVEDO
Advogado do Senado Federal
Coordenador do Núcleo de Processos Judiciais
OAB/DF 18.121

[vide assinatura eletrônica]
FERNANDO CESAR CUNHA
Advogado do Senado Federal
Coordenador-Geral

