

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**  
**Seccional do Estado do Espírito Santo**

**Relatório da Comissão de Estudos de Direito do  
Petróleo e Gás da OAB/ES sobre o Projeto de Lei  
do Senado 448/2011 (redistribuição dos royalties  
de petróleo)**

**Vitória, ES, Novembro de 2011.**

## SUMARIO

1. Introdução ( <i>Presidente da OAB/ES Homero Junger Mafra</i> ).....	03
2. Desdobramentos Ocorridos no Congresso Nacional e na Indústria do Petróleo de Junho de 2010 a Novembro de 2011 ( <i>Autor: Gustavo Passos Corteletti</i> ) .....	05
3. Marco Regulatório Atual com a Inclusão das Leis que Tratam do Regime de Partilha de Produção, Fundo Social e Pré-Sal Petróleo S/A ( <i>Autor: Gustavo Passos Corteletti</i> ).....	13
4. Possíveis Questionamentos sobre o Regime de Partilha de Produção ( <i>Autora: Mayra Mega Itaborahy</i> ).....	21
5. Projeto de Lei 448/2011: Análise dos Principais Pontos do Projeto de Lei e Quadro Comparativo da Distribuição Atual e da Proposta ( <i>Autora: Mayra Mega Itaborahy</i> ).....	24
6. Dos Custos Socioambientais Inerentes à Atividade Petrolífera e o seu Impacto Local ( <i>Autor: Orlindo Francisco Borges</i> ).....	30
7. Inconstitucionalidades e Ilegalidades do PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara) ( <i>Autor: Cláudio Oliveira Santos Colnago</i> ) .....	45
8. Resumo das Inconstitucionalidades da Emenda Ibsen Pinheiro/Pedro Simon ainda Presentes no PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara) ( <i>Autor: Cláudio Oliveira Santos Colnago</i> ).....	69
9. Instrumentos Jurídicos para os Municípios Participarem da Discussão Judicial ( <i>Autor: Orlindo Francisco Borges e Cláudio Oliveira Santos Colnago</i> ) .....	70
10. Perfil dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ( <i>Autor: Orlindo Francisco Borges</i> ) .....	84
11. Conclusões e Recomendações .....	88
12. Dados dos Autores.....	89
13. Anexo I – Parecer e PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara) .....	90
14. Anexo II – Royalties Recebidos pelos Municípios .....	105

## **1- Introdução.**

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Espírito Santo (OAB/ES), observando suas atribuições institucionais, estabeleceu a Comissão Especial de Análise do Projeto de Lei do Marco Regulatório do Pré-Sal, recentemente transformada em Comissão Permanente, sob o título de Comissão de Estudos de Direito do Petróleo e Gás.

A partir dos desdobramentos na tramitação dos Projetos de Lei do novo marco regulatório do pré-sal, com o surgimento da Emenda 387, de autoria dos deputados Ibsen Pinheiro (PMDB-RS), Humberto Souto (PPS-MG) e Marcelo Castro (PMDB-PI), e com a Emenda do Senador Pedro Simon (PMDB-RS), que propuseram nova divisão dos royalties e participações especiais, foi deliberado pela referida Comissão a formulação de um Relatório, que desse subsídio jurídico a possível ação questionando a constitucionalidade caso tais alterações viessem a ser concretizadas, tendo em vista a ocorrência de graves prejuízos ao Estado do Espírito Santo e a Municípios capixabas que recebem tais divisas.

Sentiu-se a necessidade de abordar também no mencionado Relatório as oportunidades que surgirão no ES com o desenvolvimento da cadeia produtiva, em especial na área jurídica do petróleo, gás e energia, com destaque à capacitação dos profissionais do Direito.

O Relatório formulado levou em consideração a situação vivenciada e as informações disponíveis até junho de 2010. O trabalho foi submetido ao Conselho da OAB/ES para apreciação, tendo sido aprovado à unanimidade. Tal fato, por si só, já pode ser considerado histórico dentro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado do Espírito Santo.

Após, em eventos marcantes e de repercussão no Estado do Espírito Santo o Relatório foi entregue ao Procurador Geral do Estado, e, posteriormente ao então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, fixando-se assim a posição capixaba contrária à proposta de nova divisão dos royalties e subsidiando o veto presidencial.

Ciente da consistência dos argumentos de inconstitucionalidade da Emenda Ibsen Pinheiro, o ex-Presidente da República vetou o Projeto de Lei, retornando a matéria ao Congresso Nacional.

Passado quase um ano de intensos debates envolvendo a União Federal, os Estados produtores e não produtores, os Municípios produtores e não produtores, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, o Senado Federal, no dia 26.10.2011 aprovou o Substitutivo do Senador Vital do Rego, representado pelo Projeto de Lei 448/2011, propondo uma nova alternativa para a divisão dos royalties e participações especiais advindas da produção de petróleo e gás natural.

O Governo do Estado do Espírito Santo, sempre assessorado pela Procuradoria-Geral do Estado, e a Bancada Federal do Espírito Santo, através de sua assessoria, sempre se demonstraram prontas para o embate político e jurídico.

Por outro lado, em atitude precisa no tempo e na fundamentação, a Assembleia Legislativa do Espírito Santo, através do Presidente Deputado Rodrigo Chamoun, a Comissão de Petróleo, Gás e Energia da Assembléia, através do Deputado Marcelo Santos, e o Presidente da Associação dos Municípios do Espírito Santo, Prefeito de Santa Teresa, Gilson Amaro, convidaram a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Espírito Santo – para elaborar um novo Relatório, que analisasse possíveis novas inconstitucionalidades do PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara), bem como instrumentos jurídicos a disposição dos Municípios para participarem da discussão judicial, que pode ser instaurada no Supremo Tribunal Federal.

A Presidência da OAB-ES prontamente aceitou o convite das lideranças políticas acima mencionadas e destacou para o trabalho a Comissão de Direito do Petróleo e Gás, que por sua vez, mesmo diante do prazo exíguo para entrega do estudo, se comprometeu a cumprir a importante missão que lhe foi conferida.

Assim sendo atendendo a sua finalidade última a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Espírito Santo, através da Comissão de Estudos de Direito do Petróleo e Gás, apresenta o presente Estudo na forma de Relatório, como forma de subsidiar ações por parte dos Entes Públicos e Privados do Estado do Espírito Santo e como base de informação para toda a sociedade capixaba.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Seccional do Espírito Santo

Homero Junger Mafra

Presidente

## **2- Desdobramentos Ocorridos no Congresso Nacional e na Indústria do Petróleo de Junho de 2010 a Novembro de 2011<sup>1</sup>.**

Após o veto do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, paralelamente à tramitação no Congresso Nacional da Emenda 387 ou Emenda Ibsen, a indústria do petróleo continuava e continua sua evolução no Brasil e no Espírito Santo.

Neste período, a Emenda Ibsen foi deixada de lado e surgiu como centro do debate o Substitutivo do Senador Vital do Rego, representado pelo Projeto de Lei nº 448/2011, que, no dia 26.10.2011, foi aprovado no Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 2565/2011.

O texto contém uma série de inconsistências jurídicas, que serão abaixo abordadas, e repete uma série de inconstitucionalidades da Emenda Ibsen, já registradas no Relatório de junho de 2010 da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Espírito Santo.

A OAB-ES após a entrega do referido Relatório à Procuradoria do Estado do Espírito Santo e ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva se manteve atenta aos desdobramentos do tema sobre a redistribuição dos royalties do petróleo e gás e principalmente seus impactos ao Estado do Espírito Santo.

Antes de adentrar o mérito do Projeto de Lei, é importante rememorar alguns conceitos sobre a atividade em questão e destacar o rebatimento na economia nacional e local, já atualizada com novos dados, como fundamento para se chegar posteriormente aos impactos socioambientais. Também é imprescindível recordar a necessidade de constantes investimentos em infraestrutura para atender ao crescimento econômico e a fluidez do desenvolvimento da economia capixaba.

A exploração e produção de petróleo e gás no território brasileiro é delimitada pela segmentação em terra, lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres, e na plataforma continental, dividida no chamado pós-sal e pré-sal.

A descoberta da nova fronteira petrolífera representada pela área do pré-sal possibilitou em 2009 a proposta por parte do Poder Executivo de alteração do marco regulatório da exploração e produção do petróleo e gás, e, paralelamente, despertou a cobiça dos Estados e Municípios denominados de não produtores por uma fatia na

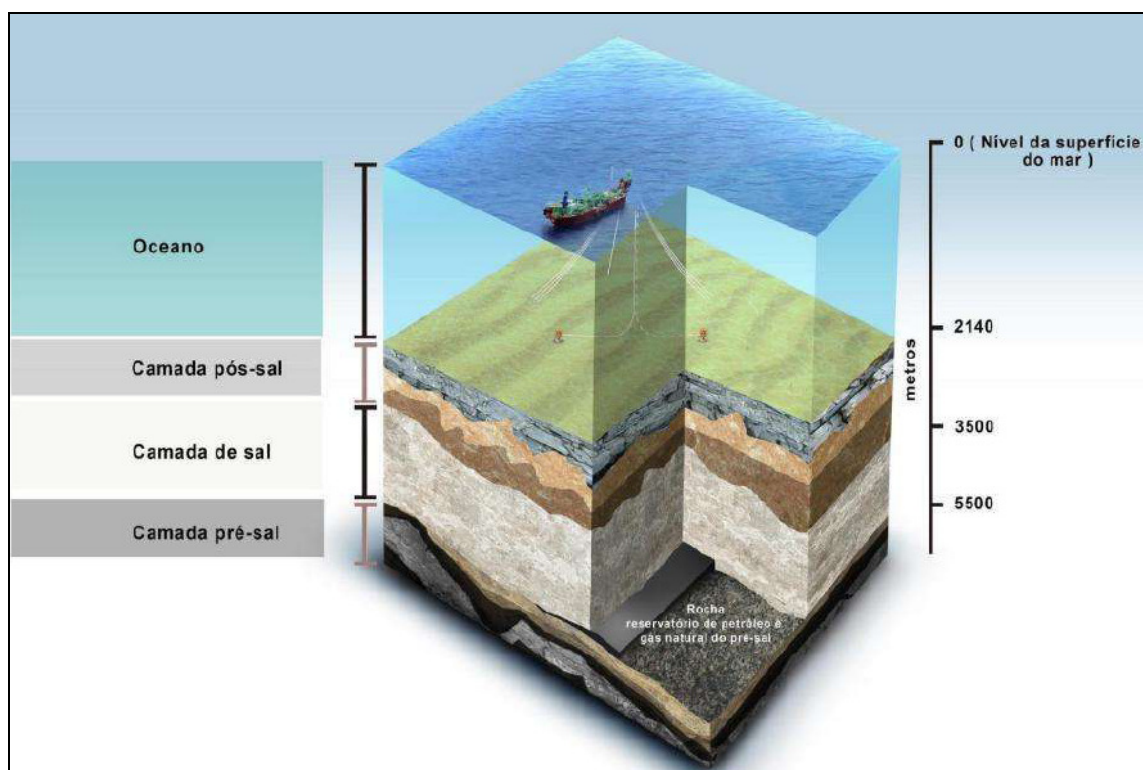
---

<sup>1</sup> Autor: Gustavo Passos Corteletti.

riqueza advinda dos royalties e participações especiais cobradas desta atividade, e ao mesmo tempo em simplesmente retirar a compensação prevista na Constituição Federal aos denominados Estados e Municípios produtores.

O termo pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas nas porções marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2 mil metros. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros. O termo pós-sal, em contrapartida, se refere à área após a camada de sal em direção à superfície marinha.

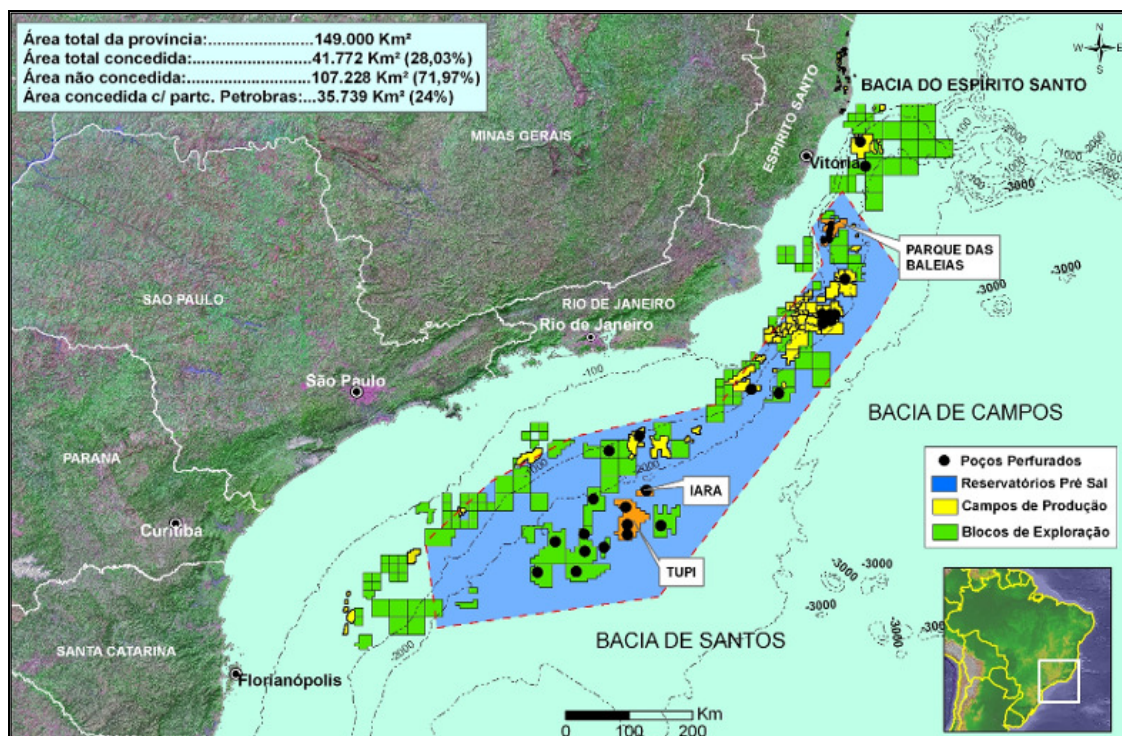
Sobre a camada do pré e pós-sal, veja a figura abaixo, retirada da apresentação ministrada no evento “Vitória Oil & Gas”, em 26.10.2011, pelo Secretário de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, intitulada “O Espírito Santo como Pólo Fornecedor de Bens e Serviços”:



A camada do pré-sal possui cerca de 800 km de extensão, desde o Estado de Santa Catarina até o Espírito Santo, onde recentemente foram anunciadas as maiores

descobertas de petróleo no Brasil, com ocorrência de óleo leve, o que significa dizer de melhor qualidade.

Sobre a área do pré-sal, veja a figura abaixo, retirada da apresentação do Diretor Geral da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), no Seminário Diálogos Capitais 2011, promovido pela Revista Carta Capital, em 08.08.2011.



As reservas totais de petróleo e gás do pré-sal, apesar de desconhecidas, são estimadas em 50 bilhões barris de petróleo equivalente (boe), o que colocaria o Brasil entre os 10 maiores produtores mundiais.

Utilizando-se de alguns exemplos enunciados pela Petrobrás (“Pré-Sal e Marco Regulatório de Exploração e Produção de Petróleo e Gás”, Outubro de 2009), esse cenário poderá trazer os seguintes benefícios para o Brasil:

- Segurança energética, com garantia de manutenção da autossuficiência petrolífera, que contribuirá para a estabilidade econômica.
- Blindagem quanto a eventuais crises energéticas mundiais.
- Geração de divisas com exportação, seja de excedentes de petróleo bruto, seja por exportação de produtos refinados, aumentando o superávit da balança comercial.

- Melhoria da percepção de risco do País, atraindo mais investimentos e captações financeiras a juros mais baixos.
- Expansão do parque industrial e da engenharia brasileira, com aumento das encomendas de equipamentos e serviços.
- Diversificação da economia, com a criação de novos empregos, o crescimento da renda nacional e *per capita* e uma melhor distribuição de renda, incluindo a aplicação de mais recursos em saúde, educação, habitação, pesquisa tecnológica e infraestrutura, apenas com as receitas geradas pela renda petrolífera governamental.
- Maior consumo interno, com aumento da arrecadação tributária e redução da dívida interna.
- Acúmulo de reservas, o que auxiliará a sustentabilidade do crescimento econômico.
- Criação e desenvolvimento de tecnologia de ponta, consolidando a liderança em exploração e produção *offshore*.
- Geração de volumes apreciáveis de gás natural, que contribuirá para um melhor equilíbrio da matriz energética nacional.
- Possibilidade futura de exportação de gás natural liquefeito.
- O país como um dos dez maiores produtores mundiais de petróleo.
- Fortalecimento da Petrobrás como importante *player* no cenário energético e petrolífero mundial.
- Aumento da importância econômica e geopolítica no cenário latino-americano e mundial.

Passando-se a caracterização das potencialidades no Brasil, seguem abaixo, em tópicos, alguns importantes números/dados retirados do Plano de Negócios da Petrobras 2011-2015<sup>2</sup> e outras fontes de informação:

- Previsão de investimentos totais de 224,7 bilhões de Dólares, sendo que 213,7 bilhões serão destinados ao Brasil (95% do total).
- Previsão de investimentos totais em exploração e produção: 117,7 bilhões de Dólares, sendo 53,4 bilhões de Dólares no pré-sal e 64,3 bilhões de Dólares no pós-sal.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/noticias/conheca-nosso-plano-de-negocios-2011-2015/>.

- Destaque do plano para a “Política de Desenvolvimento da Cadeia de Fornecedores” com vistas a maximizar o Conteúdo Local<sup>3</sup>.
- Entre os grandes setores, o de petróleo e gás foi o que mais ampliou sua fatia na economia do país, saltou de 2,8% em 1997 para 10% em 2008, tendo como previsão para 2020 a participação de 20%<sup>4</sup>.
- 200.000 é o número atual de trabalhadores da cadeia produtiva, abrangendo desde as plataformas de petróleo até a indústria petroquímica<sup>5</sup>. 656.000 postos de trabalho devem ser abertos na Petrobrás e na cadeia do setor até 2013<sup>6</sup>.

Com relação ao Espírito Santo, o que se ouve com frequência é que o Estado se destaca não só como o segundo maior produtor de petróleo do país, mas como cenário do mais variado portfólio da atividade de exploração e produção, dotado de uma posição estratégica e já com uma infraestrutura portuária desenvolvida.

O ES é o segundo Estado produtor de petróleo e gás do Brasil, segundo dados da produção de Setembro de 2011, respondendo por 15,3% da produção de petróleo, 18,4% da produção de gás e 15,8% da produção total de petróleo e gás, conforme tabela abaixo extraída do Boletim da Produção de Petróleo e Gás Natural, de Setembro de 2011, elaborado pela ANP, Superintendência de Desenvolvimento e Produção – SEP, em 01.11.2011.

#### 4.1 Distribuição da Produção de Petróleo e Gás Natural por Estado

FONTE ANP/SDP/SIGEP

Estado	Petróleo (bbl/d)	Gás Natural (Mm <sup>3</sup> /d)	Produção Total (boe/d)
Rio de Janeiro	1.554.206	25.269	1.713.149
Espírito Santo	321.623	12.039	397.347
Amazonas	37.133	11.776	111.203
Bahia	43.351	6.730	85.685
Rio Grande do Norte	59.117	1.743	70.081
Sergipe	40.867	2.327	55.500
São Paulo	30.151	3.760	53.802
Alagoas	5.480	1.525	15.075
Ceará	7.283	92	7.859
<b>Total geral</b>	<b>2.099.210</b>	<b>65.261</b>	<b>2.509.701</b>

<sup>3</sup> Na definição de Luiz Cezar P. Quintans: "Processo de estímulo, uma orientação política, com o intuito de ampliar a capacidade de fornecimento brasileiro, para o desenvolvimento da indústria local, a ponto de gerar competitividade a níveis internacionais, renda, emprego, novos insumos e tecnologias no Brasil" (Questionamento sobre Conteúdo Local nas licitações da ANP, acesso em 24.07.2009 [http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID\\_MATERIA=5200](http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID_MATERIA=5200)).

<sup>4</sup> Revista Exame, Edição 952, nº 18, de 23.09.2009, pág. 36 e 37 – Fontes: Abemi, ANP, Bain & Company, MCT, Onip e Petrobrás.

<sup>5</sup> Plano de Negócios da Petrobras 2009-2013, Disponível em: [www2.petrobras.com.br/.../ConhecaPetrobras/.../PN\\_2009-2013\\_Port.pdf](http://www2.petrobras.com.br/.../ConhecaPetrobras/.../PN_2009-2013_Port.pdf).

<sup>6</sup> Idem 5.

Comparado com Setembro de 2010, passado aproximadamente um ano da elaboração do primeiro Relatório, conforme informações obtidas do Boletim da Produção de Petróleo e Gás Natural, de Setembro de 2010, elaborado pela ANP, Superintendência de Desenvolvimento e Produção – SEP, em 03.11.2010, pode ser constatada a relevante evolução da produção do Espírito Santo e o crescimento da sua importância no cenário nacional.

	Setembro 2010	Setembro 2011
Produção Brasil (boe/dia)	2.399.730	2.509.701
Produção ES (boe/dia)	297.443	397.347
Participação ES na produção nacional	12,3%	15,8%

(Elaboração própria – fonte: ANP)

Os dados da ANP, apenas confirmam a precisa previsão do atual Gerente-Geral da Unidade de Negócios de Exploração e Produção da empresa no Espírito Santo, Luiz Robério Silva Ramos, em matéria divulgada na revista do Valor Econômico Estados, específica sobre o ES (Maio de 2010), que 2010 seria de extrema importância para as atividades da empresa no Estado, ao destacar que:

“Novas áreas entrarão em operação, além de poços em campos que já são produtores e, até o fim do ano, a Unidade do Espírito Santo deverá superar a marca de 220 mil barris por dia”, destaca.

Só no ano passado a estatal contratou 10% do valor programado de desembolsos até 2013 a aproximadamente dois mil fornecedores locais. Neste ano a empresa inicia uma série de projetos no Espírito Santo. Um deles é a operação do FPSO (navio-plataforma) capixaba, no desenvolvimento integrado dos campos de Cachalote e Baleia Franca, em frente ao litoral sul do Estado, em dois poços do pré-sal. A capacidade será de 100 barris diários. Outros navios também vão começar a produzir. O FPSO-57 vai desenvolver a fase dois do campo de Jubarte, no litoral sul. E o FPSO Cidade de Vitória irá atuar no campo de gás de Canapau, no campo de Golfinho”.

Tal cenário é reforçado ainda com a participação de outros *players* além da Petrobrás, como é o caso, por exemplo, da Shell Brasil, em parceria com a Petrobras e a indiana ONGC; da Anadarko, em parceria com a BP (após a compra dos ativos pertencentes à Devon Energy) e outros. Soma-se ainda a esse seleto grupo, a OGX, empresa de petróleo e gás do Grupo EBX, que em parceria com a Perenco, tem direito de exploração sobre cinco blocos localizados no Estado, adquiridos em 2007<sup>7</sup>, atualmente em fase de exploração.

<sup>7</sup> “Tendo por base as informações originadas do Relatório de Recursos Potenciais elaborado pela DeGolyer & MacNaughton, em setembro de 2009, os nossos recursos potenciais riscados líquidos nos blocos da Bacia do Espírito Santo são estimados em média de 817 milhões de boe, considerando uma probabilidade média de sucesso de 32,6%” (disponível em <http://www.ogx.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=27&lng=br> – acesso em 27.06.2010).

As perspectivas com relação à produção de petróleo e gás no Espírito Santo são as melhores, de crescimento nos próximos anos, podendo chegar a 500 mil barris por dia até 2015.

Além do mais, com a presença das *oil companies* acima será aberto outro leque de opções para fornecedores de bens e prestadores de serviço do Estado, representando mais um impulso no desenvolvimento da economia capixaba.

A dinamização na economia do Espírito Santo advinda do desenvolvimento da indústria do petróleo pode ser constatada pelos dados apresentados pela Secretaria de Desenvolvimento do Estado (SEDES), em recente apresentação na Vitória Oil & Gas, em 26.10.2011, ao anunciar investimentos no ES até 2015 da ordem de R\$ 98 bilhões, sendo quase a metade no referido setor.

Segundo a SEDES, existem mais de 1.100 fornecedores capixabas cadastrados na Petrobras, sendo que em 2010, apenas as empresas do Estado foram responsáveis por R\$ 4 bilhões em contratações.

Foi possível extrair ainda da apresentação da SEDES alguns projetos de relevância na economia estadual, relacionados ao setor de petróleo e gás natural.

- Complexo Gás Químico (Petrobras): investimento de 3 bilhões de Reais, localizado em Linhares, com a expectativa de gerar 6 mil empregos na construção e de 500 a 800 na operação. Atividade: produção de fertilizantes nitrogenados (uréia e amônia), metanol, ácido acético, ácido fórmico e melamina. Fase: elaboração de projeto.
- Estaleiro Jurong (Jurong Shipyard): investimento de 1 bilhão de Reais, localizado em Aracruz, com a expectativa de gerar 2,5 mil empregos na construção e 6.000 na operação. Atividade: construção de sondas de perfuração, reparo naval e plataformas de petróleo e gás. Fase: licenciamento ambiental.
- Terminal Aquaviário de Barra do Riacho (Petrobras): investimento de 500 milhões de Reais, localizado em Aracruz. Atividade: armazenar e transportar 3 mil m<sup>3</sup>/dia de C5+ e 1 mil toneladas de GLP produzidos no Estado. Inauguração prevista para o segundo semestre de 2011.
- Terminal de Apoio Offshore (Petrobras): investimento de 1,6 bilhão de Reais, localizado em Anchieta, com a expectativa de gerar 1.000 vagas

na construção 1.000 na operação. Atividade: servirá de apoio às plataformas e às atividades de exploração e produção de petróleo e gás. Fase de licenciamento ambiental.

- Base de Apoio Offshore (Edson Chouest): investimento de 400 milhões de Reais, localizado em Itapemirim. Fase: licenciamento ambiental.

É exatamente nesse ponto que se torna latente a sensação de perda com a proposta de nova divisão dos royalties e das participações especiais (detalhada abaixo). Mesmo tendo havido uma redução do prejuízo se comparado com a proposta conhecida como emenda “Ibsen-Simon”, ainda é importante frisar que tais recursos finitos deverão ser aplicados em projetos estruturantes no Espírito Santo, para o desenvolvimento do setor e da sociedade, como por exemplo, infraestrutura, meio ambiente e capacitação tecnológica e humana. Importante também é que os Estados produtores incentivem o desenvolvimento de outros ramos de atividade econômica e empresarial, evitando que se tornem excessivamente dependentes da atividade em torno da indústria petrolífera.

Apesar do crescimento econômico, os desafios acima identificados devem ser enfrentados e a compensação financeira advinda da produção do petróleo e gás tem justamente esta finalidade, ou seja, proporcionar o desenvolvimento sustentável. Qualquer proposta de nova divisão deve levar em consideração a posição diferenciada dos Estados e Municípios produtores, prevista na Constituição Federal, sob pena de submetê-los a graves e incontornáveis prejuízos.

### **3- Marco Regulatório Atual<sup>8</sup>.**

#### **3.1. Introdução.**

Dentro de um contexto de redimensionamento da participação do Estado como agente econômico é que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro a Emenda Constitucional nº 9/95 e a Lei nº 9.478/97, que permitiram a participação de empresas privadas na atividade de exploração, produção, transporte, distribuição e refino do petróleo, além da Petrobrás.

Passados mais de 10 anos da Lei nº 9.478/97, em 2009, foi promulgada a Lei nº 11.909, que passou a dispor sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural, alterando a Lei nº 9.478/97.

Através da Lei 12.304, de 2 de agosto de 2010, o Poder Executivo foi autorizado a criar a empresa pública sob a forma de sociedade anônima denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado, sede e foro em Brasília e escritório central no Rio de Janeiro (Art. 1º e parágrafo único).

Posteriormente, a Lei 12.276, de 30 de junho de 2010, autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal. Tal lei possibilitou a capitalização da Petrobras.

Em 22 de dezembro de 2010, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 12.351, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, criando o Fundo Social (FS) e dispondo sobre a sua estrutura e fonte de recursos.

Pois bem, a partir destas alterações, os pilares do atual regime de exploração e produção de petróleo e gás natural passaram a ser: o Ministério de Minas e Energia (MME) e o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE); a Agência Nacional do

---

<sup>8</sup> Autor: Gustavo Passos Corteletti.

Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP); a Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA); o Fundo Social (FS); a Petrobrás S.A.; o modelo de concessão, que continua válido apenas para as áreas em terra, lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres, e na plataforma continental, no chamado pós-sal, e áreas já licitadas, inclusive do pré-sal; o regime de partilha de produção, para áreas do pré-sal ainda não licitadas e consideradas estratégicas.

### **3.2. Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).**

A PPSA terá como objetivo social a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo MME e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos da União (art. 2º, Lei 12.304/2010).

Importante destacar que, de acordo com o art. 3º, da Lei 12.304/2010, a PPSA funcionará sob o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no tocante aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

A União Federal será a detentora de todas as ações ordinárias a serem emitidas pela PPSA, que será administrada por um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva, sendo certo que o Poder Executivo aprovará o estatuto social da companhia, onde será fixado o número máximo de empregados e o de funções e cargos de livre provimento (art. 6º, 8º e 9º, da Lei 12.304/2010).

Por fim, os recursos da PPSA serão decorrentes de rendas provenientes da gestão dos contratos de partilha de produção, inclusive parcela que lhe for destinada do bônus de assinatura; rendas provenientes da gestão dos contratos que celebrar com agentes comercializadores de petróleo e gás da União; recursos provenientes de convênios que firmar; rendimentos de aplicações financeiras; alienação de bens; doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; e rendas provenientes de outras fontes (art. 7º, Lei 12.304/2010).

### **3.3. Fundo Social.**

O Fundo Social, vinculado a Presidência da República, foi criado com a finalidade de proporcionar o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas (art. 47, da Lei 12.351/2010). Os objetivos do fundo são: constituir poupança de longo prazo; oferecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e

regional, e mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e outros recursos não renováveis (art. 48, da Lei 12.351/2010).

O FS será constituído por recursos advindos de parcela do bônus de assinatura, parcela dos royalties e da participação especial da União, receita advinda da comercialização de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos, dos resultados das aplicações financeiras sobre suas disponibilidades e outros recursos destinados por lei (art. 49, da Lei 12.351/2010).

A política de investimento do fundo será definida pelo Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social (CGFFS) e tem por objetivo buscar a rentabilidade, a segurança e a liquidez de suas aplicações e assegurar sua sustentabilidade econômica e financeira para cumprimento de suas finalidades. Os investimentos e aplicações serão destinados preferencialmente a ativos no exterior, com a finalidade de mitigar a volatilidade de renda e de preços na economia mundial (art. 50, da Lei 12.351/2010).

Poderá ainda haver aplicação dos recursos do fundo em fundo de investimento específico, criado por instituição financeira federal, onde a União será cotista única. Neste caso, o fundo de investimento terá natureza privada e patrimônio próprio separado do cotista e do administrador, sujeitando-se a direitos e obrigações próprias (arts. 55 e 56, da Lei 12.351/2010).

Por fim, caberá ao Conselho Deliberativo do Fundo Social (CDFS) propor ao Poder Executivo, ouvidos os Ministérios afins, a prioridade e a destinação dos recursos resgatados do FS para as finalidades estabelecidas para o fundo, observados o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) (art. 58, da Lei 12.351/2010).

### **3.4. Contrato de Concessão.**

No regime de concessão as atividades são realizadas por conta e risco dos concessionários (determinada empresa de forma isolada ou reunida em consórcio), sem a interferência da União no ritmo dos projetos. Assim, as reservas pertencem a União até serem levadas à superfície, quando se tornam propriedade de quem as extraiu (art. 26, da Lei nº 9.478/97).

A partir da produção comercial do petróleo e gás é que surge o momento do pagamento dos royalties e participações especiais devidas aos entes públicos especificados na lei (art. 47, da Lei nº 9.478/97). Neste regime, além destes recursos há também o pagamento do bônus de assinatura no momento da contratação com a União.

No sistema de concessão vence a licitação para exploração e produção de petróleo e gás a empresa ou consórcio que obtiver a maior pontuação em três fatores: o bônus de assinatura (valor em dinheiro ofertado à União pelo direito de assinar um contrato de concessão); o índice de nacionalização das compras de equipamentos e serviços para as atividades de exploração e desenvolvimento (conteúdo local<sup>9</sup>); e, finalmente, um programa de trabalho mínimo a ser seguido (art. 41, da Lei nº 9.478/97).

A concessão é o regime contratual utilizado para as áreas em terra, lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres, e na plataforma continental, no chamado pós-sal, e áreas já licitadas, inclusive do pré-sal.

### **3.5. Regime de Partilha de Produção.**

A partilha de produção consiste em um regime onde o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo e gás. Havendo descoberta de óleo ou gás e sendo estes hidrocarbonetos avaliados em condições de comercialização, o contratado passa a ter o direito de apropriação do custo em óleo e da parcela de excedente em óleo que lhe cabe, obrigando-se, entretanto, ao pagamento dos royalties e do percentual do excedente em óleo devido à União.

O custo em óleo diz respeito a “*parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações*” (art. 2º, II, Lei 12.351/2010), respeitadas as regras estabelecidas contratualmente. Já o excedente em óleo corresponde a “*parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao*

---

<sup>9</sup> Na definição de Luiz Cezar P. Quintans quer dizer “Processo de estímulo, uma orientação política, com o intuito de ampliar a capacidade de fornecimento brasileiro, para o desenvolvimento da indústria local, a ponto de gerar competitividade a níveis internacionais, renda, emprego, novos insumos e tecnologias no Brasil” (Questionamento sobre Conteúdo Local nas licitações da ANP, acesso em 24.07.2009 [http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID\\_MATERIA=5200](http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID_MATERIA=5200)).

*custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43” (art. 2º, III, Lei 12.351/2010).*

Diferentemente do sistema de concessão, no regime de partilha de produção “*o julgamento da licitação identificará a proposta mais vantajosa segundo o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União, respeitado o percentual mínimo definido nos termos da alínea b do inciso III do art. 10” (art. 18, Lei 12.351/2010).*

É importante destacar que no regime de partilha de produção, a Petrobras será a operadora única dos blocos a serem explorados, com participação mínima no consórcio vencedor correspondente a 30% (art. 4º, 10, III, ‘c’’, e 20, da Lei 12.351/2010). Este percentual pode ser superior em virtude da participação da Petrobras na licitação com o intuito de ampliá-lo (art. 14, Lei 12.351/2010). Há hipóteses ainda de contratação direta, nos casos em que o CNPE propuser ao Presidente da República visando a preservação do interesse nacional e ao atendimento da política energética (art. 12, Lei 12.351/2010). Em todos estes casos, a Petrobras deve formar consórcio com a PPSA, responsável pela gestão dos contratos de partilha e de comercialização dos hidrocarbonetos (art. 19, Lei 12.351/2010).

Nos casos em que o licitante vencedor não for a Petrobras, deverá ser formado um consórcio entre o primeiro, a própria Petrobras, como operadora, e com a PPSA (art. 20, Lei 12.351/2010).

A partilha de produção será o regime contratual para as áreas do pré-sal ainda não licitadas e áreas consideradas estratégicas, assim consideradas e delimitadas por ato do Poder Executivo (art. 3º, Lei 12.351/2010).

### **3.6. Royalties e Participações Especiais.**

Quanto aos royalties e participações especiais oriundos da produção de petróleo e gás, ainda não há alteração, prevalecendo os preceitos da Constituição Federal, da Lei nº 9.478/1997 e da Lei nº 7.990/1989.

Tema objeto dos calorosos debates na sociedade brasileira, diante da proposta de redivisão dos mesmos de forma “igualitária” entre Estados e Municípios produtores e não produtores, mister iniciar a análise do tema pelo que estabelece a Constituição Federal, em seu Art. 20, § 1º:

“§ 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”.

Note-se que o dispositivo propõe “compensação financeira por essa exploração”, o que já dá a nítida idéia de um tratamento diferenciado aos Estados e Municípios produtores. Se não fosse dessa forma não haveria nem necessidade de constar essa norma na Constituição Federal, somado ao fato de que não existem palavras inúteis na legislação, princípio basilar da hermenêutica jurídica.

Esta constatação adquire ainda mais perplexidade quando se tem em tela que, se levada em consideração a proposta de nova divisão dos royalties e participações especiais, as palavras inúteis estariam esculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil. Entretanto, esse debate será objeto de tópico específico desse Relatório.

Continuando a análise, com relação às participações governamentais, a Lei nº 9.478/1997 propõe o seguinte rol:

“Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

- I - bônus de assinatura;
- II - royalties;
- III - participação especial;
- IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área”.

No que diz respeito aos royalties, a Lei nº 9.478/1997 estabelece que:

“Art. 47. Os royalties serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos royalties estabelecido no caput deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

(...)

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:

(...)

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

- a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;
- c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;
- 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;

- e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;
- f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias”.

A Lei nº 7.990/1989, mencionada no Art. 48, da Lei nº 9.478/1997, que institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, dispõe que:

“Art. 7º O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios:

I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;

II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;

III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

(...)

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

(...)

§ 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no caput deste artigo”.

Já com relação às participações especiais, a Lei nº 9.478/1997 dispõe no seguinte sentido:

“Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os royalties, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.

§ 2º Os recursos da participação especial serão distribuídos na seguinte proporção:

I - 40% (quarenta por cento) ao Ministério de Minas e Energia, sendo 70% (setenta por cento) para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de combustíveis fósseis, a serem promovidos pela ANP, nos termos dos incisos II e III do art. 8º

desta Lei, e pelo MME, 15% (quinze por cento) para o custeio dos estudos de planejamento da expansão do sistema energético e 15% (quinze por cento) para o financiamento de estudos, pesquisas, projetos, atividades e serviços de levantamentos geológicos básicos no território nacional;

II - 10% (dez por cento) ao Ministério do Meio Ambiente, destinados, preferencialmente, ao desenvolvimento das seguintes atividades de gestão ambiental relacionadas à cadeia produtiva do petróleo, incluindo as consequências de sua utilização:

(...)

III - quarenta por cento para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção;

IV - dez por cento para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção”.

Por fim, a Lei nº 12.351/2010, que trata do regime de partilha de produção, propõe o seguinte rol de receitas governamentais:

“Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais:

I - royalties; e

II - bônus de assinatura”.

Entretanto, a forma como a receita advinda do regime de partilha de produção será dividida ainda não foi estabelecida, aguardando-se as definições no Congresso Nacional.

Este, portanto, é o atual modo de divisão dos royalties e participações especiais, construído com base na Constituição Federal, na Lei nº 9.478/1997 e na Lei nº 7.990/1989, que determina uma compensação aos Estados e Municípios produtores.

#### **4- Possíveis Questionamentos sobre o Regime de Partilha de Produção<sup>10</sup>.**

Dentre os regimes adotados na exploração de minerais, principalmente, hidrocarbonetos e seus derivados (doravante apenas “petróleo e gás”), destacam-se o regime de concessão e o regime de partilha de produção.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 176, §1º, determina que a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União. Não obstante, contrariando a Carta Magna, foi publicada em 2010, a Lei 12.351 que institui o regime de partilha de produção para a exploração de petróleo e gás nas áreas do pré-sal e em áreas consideradas estratégicas para o governo.

##### **4.1 Remuneração do Estado**

O discurso do governo passa pela afirmativa de que o regime de partilha traria mais ganhos para o país e menos ganhos para as empresas exploradoras. Tal afirmativa se dá pela falsa impressão que se tem quando ao mencionar a diferença principal entre o regime de concessão e o regime de partilha de produção: no regime de concessão, os produtos petróleo e gás são da empresa concessionária e no regime de partilha, do governo.

Ocorre que esta diferença, que é verdadeira, não traz, por si só, nenhuma consequência na prática que implique em dizer que um regime seja melhor ou pior que o outro. Ambos remuneram o governo. A concessionária, no Brasil, paga bônus de assinatura, royalties e participação especial. No regime de partilha criado pela Lei 12.351 são receitas governamentais do contrato de partilha os royalties e o bônus de assinatura. Entretanto, parte do excedente de óleo que caberá à empresa contratada nada mais é do que o equivalente à participação especial. A denominação “regime de *partilha*” surgiu justamente daí: as empresas partilham com o governo o óleo excedente. Ao final do processo de exploração, a contratada se apropria de petróleo equivalente ao custo em óleo e de sua parcela de óleo excedente. Já o governo não receberá todo o petróleo produzido, mas somente sua parcela de óleo excedente. O óleo excedente seria semelhante à participação especial, pois seria uma parcela do lucro obtido. Portanto, até aqui, nada mudaria.

---

<sup>10</sup> Autora: Mayra Mega Itaborahy.

De acordo com a legislação do Brasil, as alíquotas de participação especial (contratos de concessão) são definidas por decreto. Já a parcela de óleo excedente pertencente à União é definida em leilão, sendo o direito de exploração outorgado à empresa que oferecer a maior alíquota. Esta é uma diferença relevante, mas que também não traria nenhuma vantagem ao regime de partilha, uma vez que é possível atrelar a outorga à empresa que oferecer a maior participação especial. Em suma, não há que se falar que um regime remunere mais o Estado do que o outro. Não é o regime que fará diferença na participação do governo, mas as regras dos editais ou decretos a serem desenvolvidos.

#### **4.2 Riscos**

O maior benefício do regime de partilha é o fato de o Estado não precisar ser investidor, nem correr riscos. Em todo o mundo, o regime de partilha de produção visa repassar o investimento e o risco a terceiros. Por este motivo, nos parece uma incongruência o texto proposto que institui a Petrobrás como única operadora e contratada obrigatória (não estaria o governo investindo? Participando do risco?). Este tipo de regime de partilha de produção, conhecido no mundo inteiro com *Producing Sharing Agreement*, é utilizado por países que não têm conhecimento nem *expertise* na indústria do petróleo e que não possuem recursos financeiros suficientes para realizar tais explorações e produções. Daí a necessidade de transferir o risco. Certamente, não é o caso do Brasil. Contudo, o texto aprovado na Câmara dispõe sobre a introdução de um modelo de partilha de produção completamente diferente dos modelos de partilha existentes nos vários países. Ademais, por ser um modelo não convencional, pode vir a afastar o investimento estrangeiro.

Apesar de a palavra ‘royalties’ não constar da Constituição Federal de 1988, ela vem sendo utilizada para expressar a “compensação financeira” mencionada no art. 20, §1º, da Carta Magna.

De acordo com este projeto, royalties se definem como compensação financeira devida aos estados, Distrito Federal e aos municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção.

A definição de royalties presente no texto é compatível com o modelo de concessão (compensação financeira), mas não com o modelo de partilha. A maioria dos

países não estipula royalties em contratos de partilha, tendo em vista que já receberão parte do óleo produzido. Nova incongruência vem deste modelo brasileiro que pode, inclusive, afastar novos investimentos.

## 5- Projeto de Lei 448/2011: Análise dos Principais Pontos do Projeto de Lei e Quadro Comparativo da Distribuição Atual e da Proposta<sup>11</sup>.

O PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara) propõe distribuição de *royalties* a estados e municípios não produtores, assim como já proposto por outros Projetos de lei anteriores.

Vejam: se *royalties* são definidos como compensação financeira e se compensação se dá a quem deve receber algo em contrapartida, a compensação não poderia ser conferida a quem nada sofreu, ou seja, não pode ser paga a estados e municípios não produtores. Por quê eles seriam compensados?

Façamos uma interpretação histórica dos *royalties* no Brasil.

Até 1953, surge, claramente, o conceito de pagamento de parcela da produção aos estados e municípios produtores, como forma de indenização. Em 1957, ficou estabelecido que esta indenização seria paga diretamente aos estados e municípios produtores. Até 1988, com o advento da Constituição Federal, a legislação referente a petróleo e gás mencionava a indenização dos estados e municípios produtores e embarcadores/recebedores. A palavra era indenização. Após a Constituição de 1988, mais especificamente com a Lei 7.990 de 1989, a palavra indenização foi substituída por compensação, mantendo, entretanto, o mesmo significado. Senão, vejamos:

- Lei 2.004 de 1953: “Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás.” Em 1957 e em 1985 o art. 27 sofreu alterações, mas manteve a palavra indenização e o conceito óbvio de que só pode ser indenizado o estado ou município que produziu.
- Em 1989, o art. 27 foi novamente modificado para se adequar à Constituição Federal, passando a ser assim redigido: Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou

---

<sup>11</sup> Aurora: Mayra Mega Itaborahy.

*terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios:*

*I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores; [Incluído pela Lei nº 7.990, de 1989](#)*

*II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores; [Incluído pela Lei nº 7.990, de 1989](#)*

*III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural. [Incluído pela Lei nº 7.990, de 1989](#)”*

Sem mais delongas, o que se pretende mostrar é que a intenção do legislador, representante do povo, era lógica, ou seja, procurava indenizar, compensar, amenizar as perdas dos Estados e Municípios a fim de que estes pudessem se estruturar para melhor atender às novas demandas que chegaram com o advento desta nova atividade econômica aos seus ambientes.

Comprova-se tal afirmativa com a demonstração da evolução do art. 27 entre 1953 e 1985, a indicar como a legislação sempre estipulou onde e como tais estados e municípios deveriam aplicar os recursos recebidos em forma de indenização/compensação.

- Lei 2.004 de 1953: “Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás.  
§ 1º Os valores do óleo e do xisto betuminoso serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo.  
§ 2º Será efetuado trimestralmente o pagamento de que trata este artigo.  
§ 3º Os Estados e Territórios distribuirão 20% (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles devendo este pagamento ser efetuado trimestralmente.”

*§ 4º Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos fixados neste artigo, preferentemente, na produção de energia elétrica e na pavimentação de rodovias.*

- Lei 7.453 de 1985: “Art. 27. (...)§ 3º - Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste artigo, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio-ambiente e saneamento básico.”

Desta forma, podemos dizer que não há que se falar em compensação financeira para estados e municípios não produtores pois nunca foi esta a intenção do legislador: não faz qualquer sentido lógico compensar-se quem nada tem a receber como contrapartida gerada pelo impacto dos fatos.

Há corrente que diga que se trata, não de compensação, mas de participação dos estados e municípios não produtores na remuneração advinda da exploração do petróleo e gás. Entretanto, há que se averiguar se esta participação poderia estar sendo retirada do montante que sempre fora destinado à compensação, pois se fica provado que há uma diminuição das receitas de cada estado produtor com o novo marco regulatório, poderá haver prejuízo e, provavelmente, impedimento a uma compensação justa aos estados e municípios produtores. Como se não bastasse, os estados produtores perdem também ao não receberem ICMS das operações relativas à saída de óleo bruto para outras federações, devido à imunidade tributária estabelecida na Constituição Federal<sup>12</sup>.

Segue quadro que demonstra, no Espírito Santo, a perda dos municípios com a nova estrutura<sup>13</sup>:

Município	Receita de 2011	Com proposta de Vital	Prejuízo
-----------	-----------------	-----------------------	----------

<sup>12</sup> “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

X - não incidirá: (...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

<sup>13</sup> Fonte: [www.gazetaonline.com.br](http://www.gazetaonline.com.br)

Afonso Cláudio	1793	1161	-632
Água Doce do Norte	1345	871	-474
Águia Branca	1281	830	-451
Alegre	1793	1161	-632
Alfredo Chaves	1409	913	-497
Alto Rio Novo	1281	830	-451
Anchieta	48103	31152	-16951
Apiacá	1281	830	-451
Aracruz	35972	23296	-12676
Atilio Vivacqua	1281	830	-451
Baixo Guandu	1793	1161	-632
B. São Francisco	1961	1270	-691
Boa Esperança	1449	938	-511
Bom Jesus do Norte	1281	830	-451
Brejetuba	1345	871	-474
Cach. de Itapemirim	2562	2386	-176
Cariacica	2562	2386	-176
Castelo	1858	1203	-655
Colatina	2370	1909	-461
Conceição da Barra	3145	2037	-1108
Conceição Castelo	1345	871	-474
Divino São Lourenço	1281	830	-451
Domingos Martins	1793	1161	-632
Dores do Rio Preto	1281	830	-451
Ecoporanga	1665	1079	-587
Fundão	10716	6940	-3776
Governador Lindenberg	1321	855	-465
Guaçuí	1729	1120	-609
Guarapari	2370	1909	-461
Ibatiba	1641	1063	-578

Ibiraçu	1345	871	-474
Ibitirama	1281	830	-451
Iconha	1385	897	-488
Irupi	1345	871	-474
Itaguaçu	1449	938	-511
Itapemirim	85855	52000	-33855
Itarana	1345	871	-474
Iúna	1729	1120	-609
Jaguaré	8084	5236	-2849
Jerônimo Monteiro	1345	871	-474
João Neiva	1473	954	-519
Laranja da Terra	1345	871	-474
Linhares	91489	59250	-32239
Mantenópolis	1385	897	-488
Marataízes	30940	19000	-11940
Marechal Floriano	1449	938	-511
Marilândia	1345	871	-474
Mimoso do Sul	1729	1120	-609
Montanha	1537	996	-542
Mucurici	1281	830	-451
Muniz Freire	1601	1037	-564
Muqui	1449	938	-511
Nova Venécia	1986	1286	-700
Pancas	1641	1063	-578
Pedro Canário	1665	1079	-587
Pinheiros	1665	1079	-587
Piúma	12208	7906	-4302
Ponto Belo	1281	830	-451
Presidente Kennedy	154457	82000	-72457
Rio Bananal	1537	996	-542
Rio Novo do Sul	1345	871	-474

Santa Leopoldina	1409	913	-497
Santa Maria de Jetibá	1833	1187	-646
Santa Teresa	1665	1079	-587
S. Domingos Norte	1281	830	-451
São Gabriel da Palha	1793	1161	-632
São José do Calçado	1345	871	-474
São Mateus	33702	21826	-11876
São Roque Canaã	1345	871	-474
Serra	21017	13611	-7406
Sooretama	1665	1079	-587
Vargem Alta	1577	1021	-556
Venda N. Imigrante	1641	1063	-578
Viana	2153	1431	-722
Vila Pavão	1281	830	-451
Vila Valério	1409	913	-497
Vila Velha	13405	8681	-4724
Vitória	13975	9051	-4925
TOTAL	663481	409253	-254227

## 5.1 Progressão da repartição dos royalties e participação especial entre estados, municípios e União

Para tentar amenizar as perdas e buscar uma forma de composição entre os estados e municípios produtores e não produtores, o PL 448 (PL 2565/2011, na Câmara) estipula também uma gradação anual na porcentagem da repartição de royalties e de participação especial, feita com base na previsão de produção de petróleo e gás entre 2012 e 2020, tal como previsto na nova redação para o artigo 50 (art. 50-A, 50-B, 50-C, 50-D, 50-E) (vide tabelas abaixo<sup>14</sup>). A intenção seria diminuir, gradativamente, a participação dos estados e municípios produtores e confrontantes, para tornar viável o aumento da participação dos não produtores e não confrontantes, através dos Fundos de Participação dos Municípios e dos Estados. Quer se legislar com base em uma expectativa, em dados que podem ser alterados a qualquer momento a depender de diversos fatores.

ROYALTIES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%
União	30,00%	30,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
Total Confrontantes	61,25%	61,25%	40,00%	38,00%	36,00%	34,00%	32,00%	29,00%	27,00%	26,00%	26,00%
Estados confrontantes	26,25%	26,25%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
Municípios confrontantes	26,25%	26,25%	17,00%	15,00%	13,00%	11,00%	9,00%	7,00%	5,00%	4,00%	4,00%
Municípios afetados	8,75%	8,75%	3,00%	3,00%	3,00%	3,00%	3,00%	2,00%	2,00%	2,00%	2,00%
Fundo especial	8,75%	8,75%	40,00%	42,00%	44,00%	46,00%	48,00%	51,00%	53,00%	54,00%	54,00%
FPM	7,00%	7,00%	20,00%	21,00%	22,00%	23,00%	24,00%	25,50%	26,50%	27,00%	27,00%
FPE	1,75%	1,75%	20,00%	21,00%	22,00%	23,00%	24,00%	25,50%	26,50%	27,00%	27,00%

## 6- Dos Custos Socioambientais Inerentes à Atividade Petrolífera e o seu Impacto Local<sup>15</sup>.

### 6.1. Impactos ambientais inerentes à exploração petrolífera.

Nos contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo, a potencialidade de danos ambientais é real. Essa constatação, contudo, não diz respeito somente à perfuração de poços, mas a toda atividade da indústria petrolífera, que vai

<sup>14</sup> Fonte: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)  
<sup>15</sup> Autor: Orlindo Francisco Borges.

desde os testes de viabilidade para a perfuração até a distribuição final de seus produtos em terra.

Nesse ciclo de atividades, ainda que a exploração ocorra em áreas relativamente afastadas da costa, o risco de danos às comunidades situadas ao seu entorno é certa, haja vista a facilidade de dispersão do óleo que, guiado pela ação dos ventos, contamina diversos meios, como os sedimentos marinhos, os costões rochosos, as praias e rios fluviais, além da atmosfera, comprometendo não só o meio ambiente natural, mas a saúde, a segurança, o bem-estar da população, bem como a estética e as atividades sociais e econômicas dos locais atingidos<sup>16</sup>.

A comoção social normalmente é associada aos grandes desastres ecológicos, em que ficaram gravadas na memória da sociedade imagens de aves e animais cobertos de óleo, como nos casos dos acidentes envolvendo os navios *Torrey Canyon* (Reino Unido, 1967), *Amoco Cádiz* (França, 1978), *Exxon Valdez* (Alaska, 1989) e o *Prestige* (Bretanha, 2002), principais responsáveis pela evolução normativa no plano internacional acerca da necessidade do disciplinamento de medidas preventivas de proteção ambiental no mar.

Outros desastres, como o vazamento da *BP – British Petroleum* (2010), no Golfo do México, e o recentíssimo vazamento do cargueiro *Rena*, encalhado na costa da Nova Zelândia em outubro desse ano, continuam a assombrar a sociedade com toneladas de óleo lançadas diariamente no mar, trazendo danos incalculáveis para a comunidade do seu entorno.

Contudo, pouco se fala da ocorrência contínua de incidentes de menor monta, que ocorrem principalmente em operações de rotina como carga e descarga e abastecimentos de navios em instalações portuárias e outros procedimentos de praxe, levando-se em conta que “a maioria dos acidentes marítimos são de pequenas dimensões (menos de sete toneladas)”<sup>17</sup>.

Tal fenômeno se agrava, quando constatado que estes acidentes são relegados a um segundo plano, e em grande parte dos casos não são comunicados às autoridades portuárias e ignorados.

---

16 GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. Teoria e Prática do Direito Marítimo, 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 403.

17 Idem, p. 381.

Quando não comunicados e, conseqüentemente, não identificados os agentes promotores daquela poluição, há a ocorrência das chamadas manchas órfãs:

“O termo “manchas órfãs” vem sendo empregado, genericamente como referência ao aparecimento de substâncias oleosas em águas marinhas, estuarinas ou fluviais, cuja fonte poluidora não foi identificada. Por se tratar de uma mancha de óleo “sem dono”, não há a quem se responsabilizar pelo fato. É preciso então haver um consenso prévio entre as autoridades portuária, marítima, ambiental e municipal, bem como entre os representantes dos terminais e operadores portuários, no sentido de estruturar um plano de ação de emergência integrado para este fim específico, quando houver acionamento, bem como para avaliar as despesas relativas aos custos de ações de contenção, remoção, destinação e tratamento dos resíduos gerados”<sup>18</sup>.

A gravidade dessas manchas reside no fato de que: (1) Por serem pequenas, não sensibilizam a população, de maneira que em grande parte dos casos são ignoradas e o órgão fiscalizador não é acionado; (2) São danos de ação contínua; (3) Quando analisadas individualmente não apresentam grandes impactos, porém, quando visto o contexto ambiental como um todo, no qual se tem diversas manchas “pequenas” de variadas origens e tipologias, equivale-se a uma mancha de grande proporção e mitigação mais complexa; (4) quando acionado o órgão fiscalizador, o mesmo demanda tempo para identificar o responsável e autuá-lo para apresentar as medidas compensatórias, conforme o princípio do poluidor pagador<sup>19</sup>; (5) não sendo identificado o agente causador do dano, os custos de reparação recaem sobre a sociedade, por meio do ente lesado, que, nesse caso, teria a necessidade de se utilizar de recursos públicos que não estariam previstos para aquela destinação. Tal fato significa que, para a realização deste ato, haverá a necessidade de retirar recursos que seriam destinados para outras áreas que, quando não atendidas, podem gerar riscos para a vida ou a sua qualidade, como são os casos envolvendo saúde, educação, saneamento básico e outros direitos fundamentais.

Portanto, a sociedade normalmente se preocupa com os vazamentos de óleo em grande escala, cujo medo da ocorrência se pauta em termos emocionalmente apelativos (imagens de animais encobertos de óleo e paisagens naturais degradadas, por exemplo), enquanto se esquece dos recorrentes incidentes de menor escala, cuja probabilidade de ocorrência é infinitamente maior. Tal enfoque resulta na formulação de medidas

---

18CETESB, Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. Manchas órfãs. Disponível em: <[www.cetesb.sp.gov.br/emergencia/acidentes/vazamento/mancha/mancha.asp+%22manchas+%C3%B3rf%C3%A3s%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br](http://www.cetesb.sp.gov.br/emergencia/acidentes/vazamento/mancha/mancha.asp+%22manchas+%C3%B3rf%C3%A3s%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br)>. Acesso em: 15 de julho de 2008.

19 BORGES, Orlindo Francisco. A utilização dos royalties do petróleo na gestão de riscos ambientais decorrentes da atividade petrolífera: uma ponderação a partir da problemática envolvendo “manchas órfãs”. In: BENJAMIN, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Orgs). 15º Congresso Internacional de Direito Ambiental - Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos: Homenagem ao professor Leonardo Boff. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, v. 02, p. 407-427.

regulatórias pautadas em uma *falsa estimativa da probabilidade*, apresentando-se, dessa forma, insatisfatórias aos casos mais corriqueiros.

Daí a importância de se dar maior atenção na regulação da prevenção com a questão dos acidentes de pequenas dimensões envolvendo óleo, em especial as “*manchas órfãs*”, que tem se tornado cada vez mais constantes e imperceptíveis.

Logo, não restam dúvidas que os riscos envolvendo derramamento de óleo no mar, principalmente na costa de estados e municípios produtores de petróleo, não são improváveis. Muito pelo contrário, sua potencialidade é inquestionável, motivo pelo qual se torna imperiosa uma regulação voltada à prevenção desses danos, o que gera custos ao ente produtor, maior lesado pela potencialidade de tais impactos.

#### - Custos com o Gerenciamento de Riscos Ambientais dos Entes Locais

O art. 225, § 4º da CF/88 dispõe que “*a zona costeira é patrimônio nacional e a sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*”. A sua regulamentação é feita pela Lei n.º 7.661/88 e pela Resolução CIRM n.º 01/90, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

Contudo, esse marco regulatório em nada se manifesta acerca das questões relativas à exploração de recursos minerais e atividades para a obtenção de petróleo<sup>20</sup>. Questões estas, retratadas pela Lei n.º 9.986/00, que regulamenta a gestão de resíduos nos portos, instalações portuárias, plataformas e poluição causada por descarga de óleo ou substâncias nocivas ou perigosas no mar.

Antes de sua promulgação, a preservação, conservação e recuperação dos sítios portuários eram realizadas por meio da Agenda Ambiental Portuária, que não previa, contudo, elementos de gestão ambiental. Com o novel instrumento, surgiram os primeiros elementos de gestão ambiental a serem implementados pelas autoridades portuárias e agentes portuários diversos, quais sejam o manual de procedimento interno, as auditorias ambientais independentes, os planos de contingência e instrumentos coletores e de tratamento de resíduos<sup>21</sup>.

---

20 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 927.

21 GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. Teoria e Prática. Op. cit., p. 394.

Embora a Lei do Óleo (n.º 9.986/00) tenha instituído excelentes instrumentos de gestão ambiental, destinados especificamente à prevenção dos danos causados com óleo nas mencionadas instalações (planos de emergência e tratamento de resíduos, manual de procedimento interno e auditorias ambientais independentes), há ainda a carência de instrumentos que venham a dar efetividade fática a estes recursos, como se observou no caso do vazamento ocorrido na Baía da Guanabara, durante o carnaval do ano de 2000.

“Em janeiro de 2000, o rompimento de um duto da Petrobras despeja na baía de Guanabara 1,2 milhão de litros de óleo, formando uma mancha negra duas vezes maior que a ilha do Governador, que é detectada por satélite. Por mais de quatro horas bombas permaneceram abertas despejando óleo até que o problema fosse sanado. Segundo especialistas, mesmo quando não há acidentes, cerca de 2 toneladas de óleo são lançadas diariamente na baía de Guanabara. As manchas, diluídas, não chamam tanto a atenção como quando há vazamentos localizados, mas os danos são de proporções semelhantes. As principais fontes do lançamento ilegal de óleo são 55 indústrias, terminais de combustíveis, postos de gasolina, estaleiros e navios”.<sup>22</sup>

Neste caso emblemático, segundo Marco Maia Porto<sup>23</sup>, ficou comprovado que o plano de emergência existente era, na verdade, um “*plano no papel*”. Em razão da carência de recursos materiais necessários para colocá-lo prática, ele não funcionou. Tiveram de ser importados, para tanto, em caráter de urgência os materiais necessários para a contenção do dano, bem como o recrutamento de pessoal preparado para agir de forma a conter os efeitos da poluição, haja vista que a cidade também carecia de pessoal habilitado.

Esta problemática se deu, principalmente, pelo fato de que a lei obriga tão somente aos particulares que exploram a atividade portuária o dever de aplicação dos recursos na prevenção e reparação dos danos (art. 7º, § 2º, da Lei 9.986/00).

Contudo, não compete somente ao particular a manutenção de mecanismos de prevenção e precaução de danos. Ao Poder Público foi atribuído o dever de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que possam apresentar risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente, nos termos do art. 225, § 1º, da CF/88.

Assim, apesar deste dispositivo legal não trazer uma obrigação específica ao Poder Público, o mesmo não está desobrigado deste dever precípua seu, que é o de se organizar para não permitir que o dano ocorra e se perpetue no tempo, de modo que venha a agir de imediato na iminência de falhas por parte destas instituições, conforme

<sup>22</sup> Disponível em: <[http://www.portalbrasil.net/estados\\_rj.htm](http://www.portalbrasil.net/estados_rj.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2010.

<sup>23</sup> PORTO, Marcos Maia; TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e meio ambiente, São Paulo, Aduaneiras, 2002, p. 51.

dispõe o princípio da precaução, consagrado no item 15 da Declaração do Rio de Janeiro, das Nações Unidas, realizada em 1992 (ECO-92):

“Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.<sup>24</sup>

A inteligência deste princípio parte do fato de que as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação, de maneira que se torna forçosa uma atuação preventiva e de segurança, voltada para se evitar que o dano ocorra, haja vista que, uma vez constatado, será quase impossível o seu retorno ao *status quo ante*.

Desse modo, compete aos entes produtores de petróleo, dado o fato dessa atividade representar graves riscos ao ambiente, dotar-se dos meios e instrumentos necessários para o seu gerenciamento de riscos.

## **6.2. Impactos Sociais Decorrentes da Instalação da Atividade Petrolífera.**

Junto com a potencialidade de danos ambientais, os impactos sociais decorrentes do desenvolvimento de uma atividade econômica desproporcional, como a petrolífera, são concretos.

É inegável que a atividade petrolífera atrai outras indústrias de suporte, e, juntamente com elas, demanda uma abundante mão-de-obra. Em atendimento a esta demanda, há um fluxo de trabalhadores para estas cidades, muitas vezes, não-especializados e com renda insuficiente para suportar um mercado imobiliário supervalorizado.

Quando não enquadrados aos padrões imobiliários existentes na localidade, esta população tende a se instalar em áreas invadidas, bem como em manguezais, morros, e encostas, acarretando em um crescimento desordenado dessas cidades.

---

<sup>24</sup> BRASIL, Organização das Nações Unidas, Rio Declaration, United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3 – 14 jun. 1992. No original: “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

Ademais, além da significativa demanda por serviços públicos e obras de infraestrutura, há um aumento nos índices de desemprego local, acarretando o surgimento de bolsões de pobreza e aumento da criminalidade local.

Exemplo disso é o município de Macaé, no Rio de Janeiro, escolhido na década de 1970 pela Petrobras para sediar suas atividades de prospecção e exploração na Bacia de Campos. Chamada de capital brasileira do petróleo, Macaé teve um aumento demográfico de 75.000 habitantes em 1980, para mais de 150.000 em 2005, possuindo 14 grandes favelas e ocupando a 815ª posição nacional do Índice de Desenvolvimento Municipal (17ª do Estado). No ano de 2006, 53% do orçamento do município decorreram de *royalties* do petróleo, com os quais precisa criar 4.000 novas vagas nas escolas todo ano para novos alunos e 3.000 imóveis para acabar com as invasões.<sup>25</sup>

Este fenômeno é o principal fator responsável pelos principais impactos sociais decorrentes da instalação destas indústrias. Isto porque, este deslocamento abrupto de trabalhadores para uma localidade ainda desestruturada para comportar este fluxo, resta por vitimizar toda uma sociedade.

Por tais razões, há a necessidade de implementação de políticas estruturantes, não só para receber esta atividade, como para diversificar a sua atividade, posto se tratar da exploração de um bem finito.

### **6.3. Da Destinação da Compensação Financeira dos Royalties do Petróleo para o Financiamento de Projetos Estruturantes – Sustentabilidade da Atividade.**

Desse modo, quando quantificadas todas estas externalidades negativas decorrentes da instalação de uma atividade exploradora de um bem da União, entendeu-se por razoável o pagamento dessa contrapartida pecuniária (*royalties*) como forma de ressarcimento pelo impacto local causado aos entes produtores.

Dá a sua inegável natureza jurídica de compensação financeira de titularidade dos entes produtores, pacificada pela doutrina e jurisprudência:

“Os royalties constituem compensação financeira devida, principalmente, a Estados, Distrito Federal e Municípios pelos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções. Cada concessionário deverá recolhê-los à Secretaria do Tesouro Nacional, em moeda nacional,

---

25 FILGUEIRAS, Sofia Varejão. A vinculação dos municípios aos direitos sociais e os royalties do petróleo. Dissertação de Mestrado, FDV, 2006, p.122.

através de DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais), até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu a produção”.

“Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE.

1 – Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF.

2 – Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, §1º).

3 – É inaplicável, ao caso, o dispositivo no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União – mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais.

4 – Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões preponderantes.

5 – Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991”.

“DIREITO FINANCEIRO – COMPENSAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º - LEIS 7.990/89 E 8.001/90 – RECEITA PATRIMONIAL E NÃO TRIBUTÁRIA.

1 – Os recursos minerais constituem patrimônio da União Federal ( Constituição Federal, art. 20, inciso IX) e sua exploração por terceiros depende de autorização ou concessão estatal (art. 176, § 1º).

2 – A compensação financeira assegurada pelo § 1º do art. 20 da Constituição Federal pela exploração dos recursos minerais constitui receita patrimonial, e não tributária, a ela não se aplicando, pois os princípios constitucionais pertinentes aos tributos.

3 – Assim, impertinentes as alegações de ofensa ao princípio da não cumulatividade tributária e à exigência de lei complementar para sua instituição, do mesmo modo que válidos os critérios adotados pelo legislador – Leis 7.990/89 e 8.001/90 – para cálculo e distribuição de receita, ainda que merecedores de críticas.

4 – Apelação a que se nega provimento”.<sup>26</sup>

“TRIBUTÁRIO – EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

1 – Compensação financeira pela exploração de recursos minerais, prevista na Lei 7.990, de 28/12/89, não é ilegal nem inconstitucional. Sua cobrança representa apenas o cumprimento de um mandamento constitucional (art. 20, § 1º).

2 – Não se trata de receita tributária, senão de uma receita patrimonial originária do Estado, como ressarcimento pela exploração mineral no seu território.

3 – Improvimento da apelação”.<sup>27</sup>

No tocante à destinação destes recursos, apresenta-se de maneira sintética o desenvolvimento do tratamento deste instituto no ordenamento brasileiro, de modo a demonstrar o seu tratamento como receita pública *lato sensu*, cuja finalidade originária se pautou na efetivação de políticas públicas destinadas à garantia dos interesses

26 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 94.01.29850-5 – DF, Rel. Juiz Osmar Tognolo. Lex: DJ – 17 de maio de 1996.

27 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 93.01.28881-8/DF, Rel. Juiz Olindo Menezes. Lex: DJU. 09 de maio de 1996, p. 29483.

públicos primários como uma forma de compensação frente às externalidades negativas decorrentes do desenvolvimento da atividade aos entes produtores.

O legislador, como forma de dar suporte ao instituto e evitar que estes recursos viessem a ser utilizados de qualquer maneira pelos governantes, desenvolveu um complexo mecanismo legal. Tal mecanismo é composto por diversos diplomas, interessando, basicamente, para os fins deste tópico, a Lei n.º 7.453/85, a Lei n.º 7.525/86, a Lei 7.990/89, o Decreto n.º 01/91, a Lei 9.478/97 e o Decreto n.º 2.705/98.

Antes de 1985 não havia a previsão de pagamento de *royalties* para a exploração de petróleo na plataforma continental. No entanto, 41,5% da produção brasileira de petróleo em 1980 era fruto da exploração marítima que, por ausência de regulamentação, não arrecadava *royalties* aos cofres públicos<sup>28</sup>.

Nesse sentido, a lei 7.453/1985 passou a prever o pagamento de *royalties* para extração na plataforma continental, além de rios, lacustres, lagos e ilhas fluviais. Mas, como principal característica, estabeleceu que tais recursos deveriam ser aplicados, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.

Mais tarde, o art. 7º da lei 7.525/1986 alterou o § 3º do art. 27 da lei 2004/1953, dispondo que tais recursos deveriam ser aplicados *exclusivamente* em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento de água, irrigação, proteção do meio ambiente e saneamento básico.

Tal tratamento demonstra a preocupação precípua do legislador em dar sustentabilidade à atividade petrolífera.

Contudo, a lei do petróleo (Lei n.º 9.478/97) revogou a lei n.º 2.004/1953, de modo que não há mais previsão legal quanto à sua aplicação na esfera federal<sup>29</sup>. Isso deu margem a atos discricionários do gestor municipal e estadual, abrindo o leque, inclusive, para investimentos que não fossem, necessariamente, destinados à satisfação de interesses primários.

Desse modo, com o advento da Lei n.º 9.478/97 não há mais qualquer vinculação à destinação dos recursos advindos dos *royalties* do petróleo, embora o seu

---

28 DUTRA, Luis Eduardo Duque. Petróleo, preços e tributos: experiência internacional e política energética nacional. Rio de Janeiro: Tama, 1998. p. 104.

29 MENEZELLO, Maria d' Assunção Costa. Comentários à Lei do Petróleo: Lei federal n.º 9.478, de 6-8-1997. Atlas: São Paulo, 2000. p. 141.

tratamento originário tivesse a previsão de sua destinação para o fomento de projetos estruturantes, dada a sua preocupação primordial com as externalidades negativas advindas da atividade.

Apresentados os elementos coligidos no presente capítulo, destacam-se dois pontos essenciais acerca do disciplinamento dos *royalties* do petróleo no ordenamento jurídico pátrio. Primeiro que se trata de uma compensação financeira e, portanto, uma receita patrimonial do Estado distinta dos tributos. Segundo, que tais recursos eram originariamente destinados à satisfação do interesse público primário, havendo a previsão expressa de destinação vinculada desta receita para o fomento de atividades estruturantes, como forma de ressarcimento pelas externalidades negativas trazidas pela atividade, o que não há mais na atualidade, haja vista a revogação tácita trazida pela Lei n.º 9.478/97 a esta destinação.

Contudo, paralelamente, outros instrumentos legais têm demonstrado a tendência moderna de vinculação desta receita para a satisfação de certos interesses públicos, arrolados como fundamentais pelo ente federado que editou o diploma.

A preocupação do legislador acerca da vinculação desta receita tem se dado, principalmente em razão da carência de políticas públicas efetivas desenvolvidas com tais recursos, que representam grande fonte de receita.

Como exemplo disso, apresentamos dois instrumentos legais editados pelo Estado do Espírito Santo que vinculam a destinação dos *royalties* do petróleo para atividades específicas, “O Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais – FRDR” e o projeto “ProdutorES de Água”.

#### - Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais (FRDR)

O Espírito Santo, preocupado principalmente com a equitatividade sócio-econômica entre os municípios produtores e não produtores de petróleo foi pioneiro ao criar o Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais (FRDR) por meio da Lei estadual n.º. 8.308/2006.

Tal lei instituiu que 30% dos recursos distribuídos para o estado seriam repassados para os municípios não produtores de petróleo, que por sua vez deveriam investir *exclusivamente* em universalização dos serviços de saneamento básico; na destinação final de resíduos sólidos; na universalização do ensino fundamental e

atendimento à educação infantil; no atendimento à saúde; na construção de habitação para população de baixa renda; na drenagem e pavimentação de vias urbanas; na construção de centros integrados de assistência social; na formação profissional; em transportes; em segurança; inclusão digital; e geração de emprego e renda.

Tal iniciativa demonstra uma tendência por parte do governo de vincular a destinação deste recurso, haja vista que em se tratando de direitos fundamentais, os mesmos, como ensina Canotilho, “*devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculantes e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’*”<sup>30</sup>.

E essa tendência resgata a *mens legis* dos primeiros enunciados normativos que vieram a regulamentar a matéria em comento, qual seja, vincular a destinação desta receita à satisfação de matérias concernentes ao interesse público primário.

#### - Pagamento por Serviços Ambientais – Projeto ProdutorES de Água

O Estado do Espírito Santo não deixa o pioneirismo de lado ao utilizar parcela dos *royalties* do petróleo recebidos pelo Estado na proteção de suas bacias hidrográficas por meio do instituto do Pagamento por Serviços Ambientais – PSA, no Projeto ProdutorES de Água.

A Lei Estadual n.º 5.818/98, que institui a Política Estadual de Recursos Hídricos propôs mecanismos compensatórios àqueles que prestassem serviços ambientais na área de melhoria de qualidade e incremento da disponibilidade das águas.<sup>31</sup>

“Art. 31. Serão estabelecidos Mecanismos Compensatórios na forma estabelecida em regulamento:

II – Aos Proprietários Rurais ou Posseiros que comprovadamente destinem parte de áreas de sua propriedade à conservação dos Recursos Hídricos (...)”<sup>32</sup>

Desta forma, a Lei n.º 5.818/98 incentiva os proprietários de terra a adotarem práticas menos impactantes ao meio ambiente, dentre elas o não-uso ou o uso

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. cit. p. 378.

31 SILVA, Thiago Belote et al. Projeto ProdutorES de Água: uma nova estratégia de gestão de recursos hídricos através do mecanismo de Pagamento por Serviços Ambientais. OLAM – Ciência & Tecnologia: Rio Claro, n.3, jul-dez. 2008, p. 48.

32 BRASIL, Espírito Santo, Lei n.º 5.818, de 30 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/Institucional/aspar/LegislacaoEstadosDF/ESPIRITOSANTO.doc>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

sustentável de áreas consideradas de interesse estratégico para o bom funcionamento do ciclo hidrológico.<sup>33</sup>

Os referidos mecanismos compensatórios são feitos por meio do Pagamento por Serviços Ambientais – PSA, regulamentado pela Lei n.º 8.995/08, que tem como recursos primordiais para o seu desenvolvimento as compensações financeiras decorrentes dos *royalties* do petróleo e gás natural, bem como do setor hidroelétrico, destinados ao Fundágua, Fundo Estadual instituído para melhoria dos recursos hídricos capixabas.

Estas iniciativas buscam retomar a essência da destinação dos *royalties* do petróleo como um ressarcimento pelos impactos causados pela sua exploração às comunidades limítrofes.

Afinal, os impactos decorrentes do desenvolvimento petrolífero à estas comunidades é patente. Vide, por exemplo, a potencialidade de impactos ambientais decorrentes do vazamento de óleo e o crescimento desordenado das cidades e ocupação de áreas de preservação ambiental.

#### **6.4. Prejuízos para o Estado e Municípios, diante da Aprovação do Novo Marco Regulatório.**

Apresentados os principais problemas sócio-ambientais decorrentes da instalação da indústria petrolífera nos municípios produtores, se torna latente a sensação de perda com a nova divisão dos royalties proposta, que deveriam ser aplicados em projetos estruturantes, para o desenvolvimento do setor e da sociedade, como por exemplo, infra-estrutura, meio ambiente e capacitação tecnológica e humana.

Só para se ter uma idéia, mantendo-se o ritmo de crescimento da produção no Espírito Santo, a perda sofrida pelo Estado resultará em aproximadamente 3,5 bilhões de Reais até 2015, com perda imediata de R\$ 225 milhões já no próximo ano. Já os municípios, terão a sua receita reduzida quase que pela metade como amplamente divulgado pela mídia que, em conjunto, perderão já no ano que vem mais do que R\$ 254 milhões<sup>34</sup>:

---

<sup>33</sup> SILVA, Thiago Belote et al. Op. cit. p. 48.

<sup>34</sup> A GAZETA, *ROYALTIES: É hora de ir para a rua e brigar pelo que é seu – Veja quanto a sua cidade perde e lute para manter o dinheiro*, publicada em: sexta-feira, 04.11.2011.

“Segundo dados divulgados ontem pelo governo estadual, a perda para os municípios será superior a R\$254 milhões, no próximo ano.

Presidente Kennedy, Itapemirim, Linhares, Anchieta e Marataízes são as cidades que perderão mais dinheiro. Presidente Kennedy, por exemplo, deixará de receber mais de R\$ 72 milhões; e Itapemirim, terá perda superior a 33 milhões”.

Esta perda, quando trazida para o âmbito municipal, pode representar a “quebra” dos entes que dependem desta receita como principal fonte de renda. Exemplo disto é o município de Presidente Kennedy. Segundo dados do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, divulgados pela ANP (tabela abaixo), a arrecadação em royalties e participação especial corresponderam a 49,2% da Receita do município em 2006, o que demonstra a sua forte dependência deste recurso. Dependência esta, que aumentou nos últimos anos, como observado pelo Presidente da Associação dos Municípios do Estado do Espírito Santo – AMUNES, Gilson Amaro, no sentido desta arrecadação representar, hoje, 78% da receita do município<sup>35</sup>.

Distribuição dos royalties, participação no total e participação na receita corrente  
Municípios do Espírito Santo - 2003-2006

Municípios	2003	2004	2005	2006		Variação% 2006/2005	
	Em mil reais médios de 2006 - IPCA			Partic. no total dos royalties	Participação na RC		
Anchieta	340,7	636,0	603,0	1.593,7	1,6%	2,1%	164,3%
Aracruz	4.579,3	6.095,4	6.600,4	13.542,3	13,5%	6,5%	105,2%
Conceição da Barra	1.051,7	1.103,0	1.174,6	1.423,5	1,4%	4,1%	21,2%
Fundão	42,3	33,4	40,1	3.339,3	3,3%	14,9%	8.232,6%
Itapemirim	1.026,4	5.156,8	3.200,4	2.321,8	2,3%	5,0%	-27,5%
Jaguaré*	11.233,9	7.268,4	7.046,3	7.515,1	7,5%	16,8%	6,7%
Linhares	20.380,5	18.011,6	20.055,1	20.796,0	20,7%	11,6%	3,7%
Marataízes	53,8	676,9	411,5	276,9	0,3%	1,1%	-32,7%
Presidente Kennedy*	5.528,3	14.251,4	12.240,9	12.151,2	12,1%	49,2%	-0,7%
São Mateus	17.506,3	16.295,4	18.452,8	18.134,3	18,0%	15,1%	-1,7%
Serra	-	-	49,8	7.343,6	7,3%	1,6%	14.644,2%
Vila Velha	-	-	577,9	2.549,9	2,5%	0,8%	341,2%
Vitória	-	-	577,9	2.549,9	2,5%	0,3%	341,2%
Demais municípios	2.898,1	2.287,0	2.836,7	7.121,6	7,1%	0,4%	151,1%
<b>TOTAL*</b>	<b>64.641,2</b>	<b>71.815,4</b>	<b>73.867,4</b>	<b>100.659,2</b>	<b>100,0%</b>	<b>2,4%</b>	<b>36,3%</b>

\* Inclui os valores da participação especial.

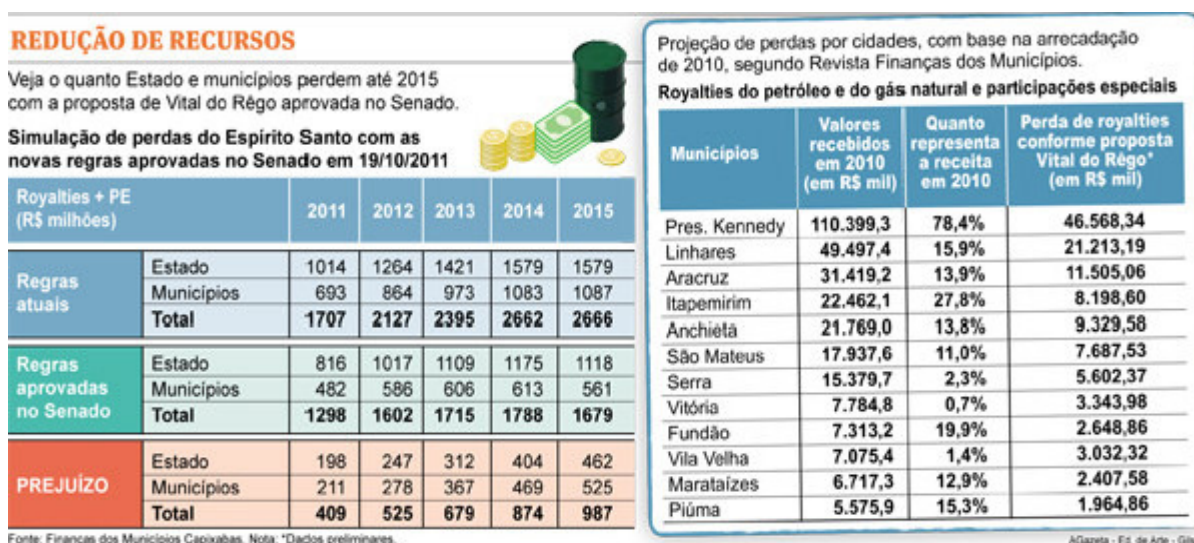
RC = receita corrente.

Fonte: dados sobre royalties da Agência Nacional de Petróleo (ANP) e dados da receita corrente dos balanços municipais coletados no Tribunal de Contas do Estado (TCEES) sem terem sido apreciados em plenário.

Em um estudo realizado pelo Secretário Estadual de Desenvolvimento, Marcio Félix, e sua equipe, esta tabela foi atualizada com base na arrecadação de 2010. Neste estudo, realizou-se, ainda, uma projeção de perdas, como pode se observar na tabela

<sup>35</sup> Entrevista disponível em: « [http://amunes.org.br/noticias\\_exibir.php?noticia=441](http://amunes.org.br/noticias_exibir.php?noticia=441)». Acesso em: 07. nov.2011.

abaixo:



Vê-se, portanto, que dentre os maiores produtores de petróleo do Estado, apenas Aracruz e Linhares não apresentaram forte dependência destes recursos. Deste modo, é inegável que a diminuição do repasse, como pretendido pelo Senado, poderá comprometer a execução orçamentária destes municípios. Nesse sentido, veja o posicionamento do governador e alguns prefeitos em relação ao planejamento orçamentário do ano que vem<sup>36</sup>:

“Estado e municípios já começariam o próximo ano com menos R\$ 409 milhões em caixa. Com menos dinheiro será necessário fazer adequações nas contas, admite o governador. O orçamento de R\$ 7,6 bilhões para 2012 terá que passar por alterações.

Na entrevista coletiva que concedeu ontem, Casagrande disse que dificilmente poderá fazer todos os investimentos previstos. “*Não vamos cair com o barulho do tiro*”, afirmou ao dizer que prefere aguardar o início do próximo ano para analisar o que precisará ser feito. O orçamento, segundo o governador, foi feito com o pé no chão, dentro da realidade local.

[...]

Entre os mais prejudicados está Presidente Kennedy, que perderá mais da metade dos recursos, conforme levantamento preliminar do economista Alberto Borges, editor do Anuário de Finanças dos Municípios Capixabas.

Itapemirim, por exemplo, deixará de arrecadar R\$ 5,5 milhões para ganhar R\$ 300 mil, em 2019, segundo o secretário de Finanças, Eder Botelho da Fonseca.

Aracruz, que hoje recebe R\$ 30 milhões em compensação, terá R\$ 10 milhões, afirma o secretário de Finanças Zamir Rosalino.

O prefeito de Linhares, Guerino Zanon, explica que 70% dos recursos dos royalties são aplicados em obras públicas. Hoje, a cidade recebe R\$ 80 milhões; a estimativa de perda é de R\$ 40 milhões para o ano que vem e de R\$ 20 milhões em 2019. “*O município vai ficar como estava há dez anos e terá que correr atrás de migalhas*”.

O prefeito de Anchieta, Edival Petri, frisa que para 2012 estavam previstos R\$ 100 milhões. “*Vamos receber metade; e em 2013, 60% dos recursos. Teremos que deixar de construir escolas, postos de saúde e pavimentar ruas*”.

<sup>36</sup> BRIDI, Rita; CAMPOS, Mikaela. *O que você perde com a redução dos royalties: Plano aprovado no Senado traz rombo superior a 3,4 bi.* Disponível em: «  
[http://gazetaonline.globo.com/\\_conteudo/2011/10/noticias/a\\_gazeta/economia/998364-sem-royalties-estado-e-cidades-vaocortar-obras.html](http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/10/noticias/a_gazeta/economia/998364-sem-royalties-estado-e-cidades-vaocortar-obras.html)». Acesso em: 07.nov.2011.

Ademais, lembrando a destinação vinculada de 30% do rendimento do Estado do Espírito Santo para a satisfação de direitos sociais aos municípios não produtores, que recebem os danos reflexos da atividade (Lei estadual nº. 8.308/2006), a conclusão que se chega é que todos os municípios capixabas serão fortemente prejudicados.

Pelo exposto, diante da forte dependência que os municípios capixabas possuem em relação às participações governamentais advindas da exploração petrolífera, resta patente que a retirada abrupta deste recurso, fundamental à satisfação dos direitos sociais de sua população, como pretende a novel legislação, significa em verdadeiro retrocesso social a impactar toda a comunidade capixaba.

## **7- Inconstitucionalidades e Ilegalidades do PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara)<sup>37</sup>.**

### **7.1 Delimitações iniciais**

O presente estudo tem por objetivo analisar a compatibilidade das regras constantes do Projeto de Lei do Senado nº 448/2011 (projeto “Vital do Rêgo”) com o Texto Constitucional Brasileiro aprovado em 1988.

O vigente conjunto normativo acerca da exploração de Petróleo e Gás Natural tem seu suporte atual nas leis 9.478/97 (contratos de concessão) e 12.351/2010 (partilha de produção). Este último conjunto normativo resultou da intenção legislativa de modificar o marco regulatório especificamente para as regiões do pré-sal, fixando que o Poder Público, em tal modalidade, a despeito do retorno financeiro pela exploração do petróleo, também receberá uma parcela direta da produção, comercializando-a no mercado.

Em tal contexto legislativo foi iniciado, em março de 2010, um movimento destinado a modificar também as regras de distribuição dos chamados “royalties” de petróleo, compensação financeira que Estados e Municípios produtores fazem jus em razão de suportarem diretamente os ônus da indústria do Petróleo.

Mesmo após uma série de debates envolvendo a sociedade e especialistas, o Congresso Nacional restou por aprovar a Lei 12.351/2010 com um dispositivo que efetivamente prejudicava os Estados e Municípios Produtores, ao determinar a redistribuição das parcelas financeiras dos “royalties” abarcando entes federativos que não têm qualquer relação com a indústria do petróleo.

Esta a redação final do artigo 65 da Lei 12.351/2010, tal qual aprovada pelo Congresso Nacional:

“Art. 64. Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea d do inciso II do art. 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, a parcela restante dos royalties e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma Lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

---

<sup>37</sup> Autor: Cláudio de Oliveira Santos Colnago.

I - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados - FPE; e

II - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios - FPM.

§ 1o A União compensará, com recursos oriundos de sua parcela em royalties e participações especiais, bem como do que lhe couber em lucro em óleo, tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção, os Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, até que estas se recomponham mediante o aumento de produção de petróleo no mar.

§ 2o Os recursos da União destinados à compensação de que trata o § 1o deverão ser repassados aos Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, simultaneamente ao repasse efetuado pela União aos demais Estados e Municípios.

§ 3o Os royalties correspondem à participação no resultado da exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1o do art. 20 da Constituição Federal, vedada a sua inclusão no cálculo do custo em óleo, bem como qualquer outra forma de restituição ou compensação aos contratados, ressalvado o disposto no § 1o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997.”

Referido dispositivo, porém, foi objeto de veto pelo Presidente da República. O veto presidencial, publicado no Diário Oficial da União de 23 de dezembro de 2010, lançou as seguintes razões para justificar a negativa de vigência da proposta legislativa<sup>38</sup>:

“Da forma como redigido, o artigo não estabelece a fórmula ou a alíquota para obtenção do montante total dos recursos provenientes dos royalties. Igualmente, não é fixado o percentual desses valores que corresponderá à participação da União nem, conseqüentemente, o percentual que será destinado aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais dados são imprescindíveis ao cálculo da parte a ser dividida entre a União e os demais entes, na forma do caput e dos incisos, e de eventual compensação, prevista no § 2o.

---

<sup>38</sup> Mensagem de veto nº 707, de 22.12.2010. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-707-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-707-10.htm), acesso em 05.11.2011.

A proposta também não deixa claro se as regras para divisão dos recursos se restringem aos contratos futuros ou se são aplicáveis aos já em vigor. Também se observa que não foi adotado critério para a compensação de receitas aos Estados e Municípios pela União. Em ambos os casos, a consequência poderia ser uma alta litigiosidade entre os diversos atores.”

Mesmo após o veto presidencial a pretensão dos demais Estados em se apropriar de recursos dos “royalties” não cessou. Durante boa parte do ano de 2011 pretendeu-se incluir o citado veto na pauta de votações do Congresso, com vistas à sua derrubada, na forma do artigo 66, § 4º do Texto Constitucional<sup>39</sup>.

Porém, diante do insucesso político de tal tentativa, os demais Estados mudaram sua estratégia para aprovar novo projeto de lei sobre o tema. Ao final do mês de outubro de 2011, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 448, de 2011, que cria novas regras para “...distribuição entre os entes da Federação dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha”.

Ressalta-se, de tal projeto, a inclusão na Lei 12.351 de um artigo 42-B que passaria a dispor da seguinte forma:

“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:

I – quando a produção ocorrer em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais:

a) 20% (vinte por cento) para os Estados ou o Distrito Federal, se for o caso, produtores;

b) 10% (dez por cento) para os Municípios produtores;

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);

d) 25% (vinte e cinco por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

---

<sup>39</sup> Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

(...)

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

1. os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” deste inciso, na alínea “a” do inciso II deste artigo, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso II do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;

4. o Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto na alínea “a” deste inciso, na alínea “a” do inciso II deste artigo, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso II do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

5. os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

e) 25% (vinte e cinco por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II deste artigo, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso III do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

4. o Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II deste artigo, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso III do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

5. os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

f) 15% (quinze por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo;

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

a) 22% (vinte e dois por cento) para os Estados confrontantes;

b) 5% (cinco por cento) para os Municípios confrontantes;

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;

d) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” do inciso I e deste inciso II, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso II do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;

4. o Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto na alínea “a” do inciso I e deste inciso II, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso II do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

5. os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

e) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I e deste inciso II, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso III do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

4. o Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I e deste inciso II, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso III do § 2o do art. 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997;

5. os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

f) 22% (vinte e dois por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo”.

A proposta legislativa aprovada pelo Senado, porém, não atinge somente as áreas de exploração do pré-sal, já que também modifica a Lei 9.784/97 para redistribuir também os royalties obtidos nas áreas já licitadas pelo regime de concessão. Transcreve-se, a seguir, a nova redação que seria dada ao artigo 48 da citada lei, caso mantido o projeto de lei aprovado no Senado.

“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:

- a) 70% (setenta por cento) aos Estados onde ocorrer a produção;
- b) 20% (vinte por cento) aos Municípios onde ocorrer a produção; e
- 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:

- a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes;
- b) 17% (dezessete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2o, 3o e 4o da Lei no 7.525, de 22 de julho de 1986;
- 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;
- d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso II do § 2o do art. 50 desta Lei;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;

4. o Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso II do § 2o do art. 50 desta Lei;

5. os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso III do § 2o do art. 50 desta Lei;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

4. o Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso III do § 2o do art. 50 desta Lei;

5. os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

f) 20% (vinte por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo”.

O atual regime jurídico de distribuição dos “royalties” (com base na Lei 9.784/97) já contempla Estados e Municípios não produtores com a parcela de 7,5% a ser destinado a um Fundo Especial do qual todos participam. Há, porém, uma nítida diferenciação para com os Estados e Municípios produtores, por serem estes os entes que suportam, efetivamente, os custos da indústria do Petróleo.

Esta diferença de tratamento pretendeu ser modificada com o projeto ora analisado, que alterou o fator de diferenciação dos Estados e Municípios. Se, no modelo vigente, aplica-se o critério de ser ou não ente produtor para fins de entrega de uma parcela dos royalties, pela proposta ora analisada haveria a introdução de novos elementos à equação. Enquanto nos projetos anteriores existia a eliminação de todo e qualquer tratamento diferenciado em razão das características de um Estado que suporta a indústria do petróleo, no projeto que ora se comenta a proposta é diferente.

O Senado Federal, com o projeto de lei analisado, criou os seguintes elementos de diferenciação, atribuindo a cada um deles um determinado percentual conforme os royalties sejam decorrentes de contratos de partilha de produção ou de concessão e ainda conforme o fato de a exploração ser *onshore* ou *offshore*:

- Estados produtores/confrontantes;
- Municípios produtores/confrontantes;
- Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural;
- Demais Estados;
- Demais Municípios;
- União.

Tendo em mente tais considerações, pretendemos verificar se este conjunto de propostas de modificações legislativas tem amparo na vigente Constituição Federal, o que será feito nos tópicos seguintes. Antes, porém, é necessário lançar algumas premissas sobre o vício de inconstitucionalidade, as quais serão úteis mais adiante.

## **7.2 Vício de inconstitucionalidade: considerações**

Sabe-se que uma das mais importantes conquistas do Estado Democrático de Direito é o controle do exercício do Poder, fundado no tripé republicano de fiscalização,

prestação de contas e eleições periódicas. E é justamente a Constituição o instrumento último que viabiliza o controle deste Poder. À Constituição estão sujeitos todos os Poderes da República (Executivo, Legislativo, Judiciário), de forma que contrariá-la equivale a atentar contra os fundamentos do Estado. É a Constituição que fundamenta a validade de todas as normas jurídicas postas no sistema.

Os sistemas jurídicos contemporâneos são caracterizados, pois, pelo postulado da Supremacia da Constituição. No âmbito da doutrina jurídica, a ideia de Supremacia normativa da Constituição foi muito bem trabalhada por Garcia de Enterría, nos seguintes termos:

"...la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las 'normas de producción', la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una 'Ley Perpetua', era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tal relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido" (ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 4. ed. Navarra: Civitas, 2006, pp.55-56)

Também no sentido da Supremacia da Constituição em relação a qualquer outra norma, há que se recordar a belíssima lição advinda do Supremo Tribunal Federal, pela qual nenhum argumento (mesmo razões de Estado) pode ser utilizado como escusa para o descumprimento dos mandamentos constantes do Texto Constitucional:

“A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias

de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política”. (ADI 2010 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086)

Nada pode contrariar o Texto Constitucional, mas isso não quer dizer que, vez ou outra, ele não venha a ser transgredido. É curial que a existência de limites normativos ao exercício do Poder não é suficiente, por si só, para fazer com que estes limites sejam, efetivamente, respeitados. E é por tais motivos que o sistema jurídico institui a possibilidade de se realizar o controle de validade das normas infraconstitucionais, atribuindo aos Poderes Constituídos o dever de reconhecer a inconstitucionalidade<sup>40</sup> de normas ou projetos de normas que contrariem o Texto Constitucional.

No mesmo sentido é a secular lição de Hamilton, Madison e Jay<sup>41</sup>, verdadeiros autores intelectuais da Revolução Americana, ao advogarem que as Cortes de Justiça “...têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”, visto que “...sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis”.

Outra consequência direta da Supremacia da Constituição em relação às normas a ela inferiores consiste no fato de que o vício de inconstitucionalidade é inconvalidável e insanável. Esta premissa leva à constatação da possibilidade de que a inconstitucionalidade seja direta (norma diretamente contrária à Constituição) ou indireta (norma que depende de norma diretamente contrária à Constituição). Neste último caso, verifica-se o que o Supremo Tribunal Federal vem denominando de inconstitucionalidade “por arrastamento” ou “consequencial”<sup>42</sup>.

---

40 “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”. (MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11)

41 HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. O federalista. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, p. 471.

42 “(...) 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Al ves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente. (ADI 3645, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006, DJ 01-09-2006 PP-00016 EMENT VOL-02245-02 PP-00371 RTJ VOL-00199-02 PP-00633 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 75-91)

O vício de inconstitucionalidade é visto com tanto desvalor pela Suprema Corte que é possível encontrar julgados nos quais se afirma, por exemplo, que “A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si”<sup>43</sup>, ou mesmo que “A lei inconstitucional nasce morta”<sup>44</sup>.

Logo, toda e qualquer norma (seja ela abstrata, como uma lei, seja ela concreta, como um ato administrativo) que se basear em lei inconstitucional será igualmente considerada inconstitucional, padecendo do mesmo vício de nulidade da norma original.

Neste sentido, cumpre observar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que reafirmaram a Supremacia da Constituição como preceito constitucional básico:

“Recurso Extraordinário. 2. Nulidade de concurso declarada pela Administração Pública. Atos normativos julgados inconstitucionais pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 3. Invalidez e Ineficácia dos atos baseados nos dispositivos legais declarados nulos. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

(RE 348468, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00387)

“RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 518/TO. CONCESSÃO DE PONTOS AOS DETENTORES DO TÍTULO DE "PIONEIROS DO TOCANTINS". ANULAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO POR DECISÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO PARA EXONERAÇÃO DOS APROVADOS. 1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 598/TO acarretou a nulidade de todo o certame e, conseqüentemente, dos atos administrativos que dele decorreram. 2. O estrito cumprimento da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal torna desnecessária a instauração de processo administrativo prévio à exoneração dos candidatos aprovados. 3. Reclamação julgada procedente”.

(Rcl 5819, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-01 PP-00101 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 178-190)

“(…) FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. - A declaração de inconstitucionalidade "in abstracto", considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "Informativo/STF" nº 224, v.g.). - Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. - Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também,

43 STF, ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001

44 STF, RE 341732 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 01-07-2005 PP-00094 EMENT VOL-02198-4 PP-00761.

os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados”.

(ADI 3148, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2006, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00026 EMENT VOL-02291-02 PP-00249 RTJ VOL-00202-03 PP-01048)

Nem mesmo os Tratados Internacionais podem contrariar a Supremacia da Constituição. Caso assim se dê, a eles deve ser negada qualquer aplicabilidade, conforme já reiteradamente decidido pela Suprema Corte:

“(…) SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SOBRE TODOS OS TRATADOS INTERNACIONAIS. - O exercício do "treaty-making power", pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes. - A questão pertinente aos tratados internacionais de direitos humanos: Art. 5º, § 2º (que instituiu cláusula geral de recepção das convenções internacionais em matéria de direitos da pessoa humana) e § 3º, da Constituição da República. Hierarquia constitucional das cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos (posição do Relator)”.

(MI 772 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2007, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-01 PP-00057)

Neste contexto da total desvalia do ato inconstitucional é que buscamos analisar alguns aspectos do Projeto de Lei nº 448/2011, nos moldes em que aprovado pelo Senado Federal em outubro de 2011.

### **7.3 Vícios de Inconstitucionalidade Verificados no Projeto de Lei nº 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara)**

Neste tópico pretendemos enumerar, de forma fundamentada, os vícios de inconstitucionalidade que foram constatados na proposta legislativa analisada. Eles estão listados e explicados a seguir:

#### **- Inconstitucionalidade Formal: Violação ao Art. 165, § 9º, II da Constituição**

Verificou-se que o projeto de lei sofre de vício de inconstitucionalidade no que tange à pretensão de alterar os critérios de distribuição dos royalties do petróleo. Tal

inconstitucionalidade é de índole formal, vez que o citado dispositivo viola o § 9º, II do artigo 165 do Texto Constitucional, assim enunciado:

“Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

§ 9º - Cabe à **lei complementar**:

(...)

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como **condições para a instituição e funcionamento de fundos**”.

O artigo 59 da Constituição estabelece as espécies legislativas, dentre as quais enumera a lei complementar. Este especial veículo legislativo consiste, na clássica lição de Celso Bastos, em “...toda aquela que contempla uma matéria a ela entregue de forma exclusiva e que, em consequência, repele normações heterogêneas, aprovada mediante um quorum próprio de maioria absoluta”<sup>45</sup>.

A análise do texto constitucional destacado leva à conclusão de que o Constituinte reservou exclusivamente à espécie legislativa da Lei Complementar a atribuição de legislar sobre “condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

Segundo a lição de Ives Gandra Martins e Celso Bastos, esta exigência “...objetiva evitar a proliferação deletéria de fundos de mera captação de recursos rotulados de essenciais para o desenvolvimento ou de fundos de favorecimento sem controle”.

E complementam: “O Constituinte, efetivamente, pretendeu que a rigidez do sistema evitasse a criação de válvulas de escape, pela implementação de austera política financeira, coibindo a proliferação de fundos inúteis”.<sup>46</sup>

Atualmente, a Lei Complementar que estabelece normas gerais para o funcionamento de fundos consiste na Lei 4.320/64, recepcionada com status de Lei Complementar pela Constituição Federal, segundo entendimento do STF<sup>47</sup>. Por outro

---

45 BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar : teoria e comentários*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 47-48.

46 MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 6o volume. Tomo II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 280.

47 "A exigência de prévia lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei 4.320, de 17-3-1964, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei 9.531/1997, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei 4.320/1963; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei." (ADI 1.726-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 16-9-1998, Plenário, DJ de 30-4-2004.)

lado, as normas que regulam a distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios estão estabelecidas na Lei Complementar 62/89

É importante esclarecer que o estabelecimento de normas para a partilha de royalties do petróleo não consiste em matéria reservada à Lei Complementar. Tanto isto é verdade que o atual sistema de repartição de tais recursos vem estabelecido exatamente em uma Lei Ordinária (Lei 9.478/97).

Todavia, é importante alertar que a proposta legislativa aqui analisada, ao determinar a aplicação aos royalties de petróleo das regras de partilha do FPE e do FPM (normas estas previstas em Lei Complementar), geraram, nitidamente, uma ampliação do campo de aplicação da própria Lei Complementar 62/89, ampliação esta que somente poderia ser implementada por uma outra Lei Complementar, jamais por Lei Ordinária.

Ora, aprovar dispositivo de lei ordinária estabelecendo que “às matérias da Lei Ordinária ‘A’ se aplicam as normas da Lei Complementar ‘B’” é o mesmo que inserir um dispositivo na Lei Complementar B determinando sua aplicação aos casos da Lei Ordinária A. Com uma sutil (embora importante) diferença: o dispositivo da Lei Complementar somente poderá ser validamente criado se aprovado pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em votação que siga os procedimentos legislativos da Lei Complementar, ao passo que a Lei Ordinária consiste em veículo legislativo que demanda somente a maioria simples dos congressistas para sua aprovação.

Com efeito, ao determinar a aplicabilidade das normas da Lei Complementar 62/89 à distribuição dos royalties do petróleo, tanto dos contratos de concessão quanto dos contratos de partilha de produção, a proposta legislativa efetivamente buscou regular condições para o funcionamento dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM) em nítida burla às normas do assim chamado “devido processo legislativo”<sup>48</sup>.

E nem se diga que a remissão da proposta a um “Fundo Especial” evitaria o citado vício de inconstitucionalidade. Isso porque o enunciado é claro em estabelecer

---

48 STF, MS 24041, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2001, DJ 11-04-2003 PP-00028 EMENT VOL-02106-02 PP-00376.

que citado “Fundo Especial” observará **os mesmos critérios** de distribuição que hoje são estabelecidos para o FPE e o FPM. Pudesse esse mero detalhe semântico permitir a dispensa de Lei Complementar a versar sobre o tema, estaria aberto o caminho para a fraude à Constituição. O que importa é que o Fundo, seja ele “Especial” ou nominado de “FPE” ou “FPM”, utilizará os critérios destes últimos. E para que “Fundos Especiais” possam obedecer os critérios do FPE e do FPM, deve esta ampliação subjetiva constar de Lei Complementar, devidamente aprovada pelo Congresso Nacional seguindo o processo legislativo que lhe é peculiar.

Destaca-se já haver decidido o Supremo Tribunal Federal que “...a Carta Federal delegou à Lei Complementar o estabelecimento de normas sobre a entrega dos recursos referidos no art. 159 e sobre os critérios de rateio dos fundos previstos no seu inciso I”<sup>49</sup>.

Assim, resta configurada a violação do citado dispositivo constitucional, ensejador de nítido vício formal da proposta legislativa, o que acarreta a sua contrariedade com o vigente Texto Constitucional.

#### - Inconstitucionalidade Material: Critérios do FPE e do FPM

O projeto de lei aqui analisado estabeleceu que a parte que caberia aos Estados e Municípios não produtores sobre as compensações financeiras pagas pelas sociedades empresárias contratadas para a exploração do petróleo passaria a ser distribuída seguindo os mesmos critérios utilizados atualmente para a repartição de recursos que integram o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Referido critério teria sido escolhido pelo Parlamento em razão de, supostamente, atender ao objetivo constitucional (artigo 3º inciso III) de “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, ao distribuir entre todos os Estados e Municípios não produtores os recursos que hoje são compartilhados somente por aqueles entes da Federação em cujo território/litoral se dá a produção de petróleo e/ou que são afetados pelas atividades de embarque/desembarque praticadas pela indústria do Petróleo.

---

49 STF, MS 22752, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2002, DJ 21-06-2002 PP-00098 EMENT VOL-02074-02 PP-00251

Ocorre que os critérios de distribuição dos recursos utilizados pelos citados Fundos (FPE e FPM) não atendem aos desígnios Constituintes de redução das desigualdades regionais. Este aspecto restou extremamente claro quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 875/DF, 1987/DF, 2727/DF e 3243/DF, em que a Suprema Corte declarou inconstitucionais os artigos 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/89, que “Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências.”

A ementa do julgado mostra claramente o posicionamento da Suprema Corte nacional acerca da imprestabilidade dos critérios atualmente utilizados para a distribuição de recursos entre Estados e Municípios da federação:

Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. (ADI 875, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-02 PP-00219 RSJADV jul., 2010, p. 28-47)

Também é importante destacar alguns trechos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, que bem resume as razões de decidir adotadas pelo Supremo Tribunal Federal:

“Também chama a atenção o fato de os índices adotados na referida lei não decorrerem da análise de dados e informações que efetivamente retratavam a realidade socioeconômica dos Estados brasileiros à época. Extrai-se, dos autos, que os índices foram definidos mediante acordo entre os entes federativos, formalizado no âmbito do CONFAZ, com base na média histórica dos coeficientes aplicados anteriormente à Constituição de 1988, quando a apuração se dava tendo como parâmetro os artigos 88 e seguintes do Código Tributário Nacional.

(...)

Vício de inconstitucionalidade parece haver, contudo, no atendimento inadequado da exigência contida no final do art. 160, II da Constituição, segundo o qual os critérios de rateio dos fundos

de participação deveriam promover o equilíbrio socioeconômico entre Estado e entre Municípios.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, extrai-se que os critérios escolhidos pelo legislador para o rateio dos fundos de participação somente serão constitucionais se aptos a promoverem a redução das desigualdades regionais e a equalização da situação econômico-financeira dos entes federativos. Trata-se de um comando constitucional de cumprimento obrigatório pelo legislador. (...)

Por uma questão de lógica, é possível concluir que os únicos critérios de rateio aptos ao atendimento da exigência constitucional são aqueles que assimilem e retratem a realidade socioeconômica dos destinatários das transferências, pois, se esses critérios têm por escopo a atenuação das desigualdades regionais, com a conseqüente promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados, revela-se primordial que eles permitam que dados fáticos, apurados periodicamente por órgãos ou entidades públicas (o IBGE, por exemplo), possam influir na definição do coeficiente de participação. Não se pode pretender a modificação de um determinado *status quo* sem que se conheçam e considerem as suas peculiaridades (...)

Não há dúvidas, pois, de que a manutenção de coeficientes de participação fixos há mais de vinte anos revela-se em descompasso com o que determina o art. 161, II da Constituição, uma vez que tais coeficientes – fixados com base na média histórica dos coeficientes aplicados anteriormente à Constituição de 1988, quando a apuração se dava tendo como parâmetro os artigos 88 e seguintes do Código Tributário Nacional – não mais retratam a realidade socioeconômica dos entes federativos”.

Logo, verificam-se dois problemas de constitucionalidade que decorrem diretamente do citado julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Em **primeiro** lugar, o vício de inconstitucionalidade da Lei Complementar 62/89 contamina parcialmente o Projeto de Lei aqui analisado, por ter este utilizado um critério de repartição de receitas manifestamente inconstitucional. Em **segundo** lugar, a inconstitucionalidade dos critérios do FPE e do FPM, constantes da citada Lei Complementar, leva ao fato de que a proposta legislativa sob comento deixa de observar o princípio da proporcionalidade, em especial no que tange à adequação. Expliquemos.

No que toca ao primeiro aspecto constitucional, vimos em momento anterior deste parecer que o vício de inconstitucionalidade é inconvalidável e congênito à lei. Também se verificou que é entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal o fato de que uma lei que seja aprovada baseada em norma inconstitucional será tão inconstitucional quanto a norma fundante. O vício de inconstitucionalidade de uma norma contaminaria a outra, no fenômeno já abordado da “inconstitucionalidade por

arrastamento” ou “inconstitucionalidade consequente”<sup>50</sup>. Daí se verificar que o critério de distribuição de royalties do Petróleo escolhido pelo Legislador do projeto de lei aqui analisado padece do vício de inconstitucionalidade também pelo fato de já ter sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, órgão incumbido de ser o Guardião e último intérprete da Constituição Federal.

Acerca do segundo aspecto constitucional, é importante salientar que a Suprema Corte entendeu que a Lei Complementar 62/89 não estaria por satisfazer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da Constituição em razão de aplicar critérios de distribuição totalmente desatualizados e em desacordo com a realidade socioeconômica vigente.

Ora, em tendo o Legislador escolhido o citado critério (distribuição segundo as normas do FPE e do FPM) com o nítido intuito de “reduzir as desigualdades regionais”, é fundamental verificar se o instrumento eleito é eficaz para atingir a finalidade colocada. É o que se denomina de proporcionalidade-meio, em verdadeiro juízo de adequação entre o instrumento utilizado pelo Legislador e a finalidade por ele buscada.

Como o próprio Supremo Tribunal Federal já constatou que os critérios atualmente vigentes para a distribuição dos recursos do FPE e do FPM não atendem aos objetivos constitucionais, já que baseados em dados totalmente desatualizados e desconformes com a realidade econômica dos Estados e dos Municípios, é nítido que a proposta constante da proposta aqui analisada também não é adequada a atingir o objetivo constitucional de redução das desigualdades regionais.

Sempre que uma norma aprovada pelo Legislador não seja um meio idôneo para atingir o objetivo por ele mesmo proposto, é forçoso reconhecer a sua inconstitucionalidade, por violação do postulado da proporcionalidade, em especial quanto à chamada “sub-máxima” da adequação<sup>51</sup>. Entende a Suprema Corte que este

---

50 Esta última nomenclatura é utilizada por Jorge Miranda: “A inconstitucionalidade consequente pode ser de norma de um acto ou diploma relativamente a outra norma que dele conste ou de um acto relativamente a outro em que tenha o seu fundamento de validade (v.g. a inconstitucionalidade de um regulamento ou acto administrativo consequente da inconstitucionalidade da respectiva lei).” (MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 454)

51 Sobre as máximas da proporcionalidade, vale mencionar Acórdão em que as três modalidades do postulado da proporcionalidade foram citadas pelo STF: “A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o

postulado da proporcionalidade decorre diretamente da interpretação da cláusula constitucional do devido processo legal sob o aspecto substancial.

Neste sentido, destaca-se o entendimento da Corte manifestado em uma série de julgados, no sentido de que a cláusula constitucional do devido processo legal compele o Legislador a somente poder aprovar leis razoáveis e que sejam, conseqüentemente, aptas a atingirem a finalidade perseguida:

“(…) O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes”.

(RE 200844 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 16-08-2002 PP-00092 EMENT VOL-02078-02 PP-00234 RTJ VOL-00195-02 PP-00635)

“(…) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law". Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. - A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar caus a à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - A medida cautelar, em sede de fiscalização normativa abstrata, reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex nunc", "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia "ex tunc", com conseqüente repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86), retroagindo os seus efeitos ao próprio momento em que editado o ato normativo por ela alcançado. Para que se outorgue eficácia "ex tunc" ao provimento cautelar, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal expressamente assim o determine, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia "ex tunc".

---

que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)”

(ADI 2667 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004 PP-00036 EMENT VOL-02143-02 PP-00275)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FERIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIARIA IRRAZOAVEL E DESTITUIDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de ferias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do "substantive due process of law", como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio etico-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.

(ADI 1158 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 19/12/1994, DJ 26-05-1995 PP-15154 EMENT VOL-01788-01 PP-00051)

“SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of Law”.

(ADI 1063 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022)

Logo, considerando que os critérios do FPE e do FPM não são adequados para atingir a finalidade proposta pelo Legislador, a saber, a redução das desigualdades regionais, já que os próprios critérios destes fundos encontram-se desatualizados e inadequados, é fundamental reconhecer a inconstitucionalidade da utilização de tais critérios para a repartição de royalties de petróleo, haja vista não se atingir, com tal providência, o objetivo constitucional perseguido.

#### - Inconstitucionalidade Material: Violação do § 1º do artigo 20 da Constituição e dos Princípios do Pacto Federativo, da Igualdade e da Proporcionalidade

O vigente texto constitucional prevê que pertencem à União "os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva", assim como "os recursos minerais, inclusive do subsolo" (art. 20, V e VIII). Não obstante, também dispõe o Constituinte que Estados e Municípios têm direito a usufruir das participações

governamentais na exploração deste patrimônio da União, seja na modalidade de "participação nos resultados", seja mediante "compensação financeira pela exploração".

É o que estabelece o § 1º do artigo 20 da Constituição:

“Art. 20 (...)

§ 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”.

O marco regulatório do petróleo nomina de "royalties" (artigos 45, II e 47 da Lei 9.478/97 e artigo 2º, inciso XIII da Lei 12.351/2010) justamente esta compensação financeira prevista no artigo 20, § 1º da Constituição de 1988. Como estabelece o inciso XIII da Lei 12.351, pode-se definir os royalties como uma “compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos...”.

No que tange ao regime jurídico dos "royalties", o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar tal questão em alguns julgados, interpretando o dispositivo constitucional mencionado anteriormente no sentido de que a "compensação financeira" tem natureza jurídica de "reparação" por uma perda ou dano causado ao ente federado.

Destacamos os seguintes trechos relevantes do voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, proferido no julgamento do RE 228.800<sup>52</sup>, no qual o assunto foi abordado com exatidão pela Suprema Corte: “Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de mecanismo destinado a recompor uma perda, sendo, pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador. (...) **A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera**”.

Também por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no AI 453.025 a Corte apontou no mesmo sentido, como se infere no seguinte trecho do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes: "...a causa à compensação não é a propriedade do bem,

---

52 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.

pertencente exclusivamente à União, mas sim **a sua exploração e o dano por ela causado**".

Destaca-se, ainda, o importante relato histórico apresentado pelo Min. Nelson Jobim, por ocasião dos debates travados no julgamento do MS 24.312<sup>53</sup>, revelando que a "compensação financeira" do artigo 20, § 1º, surgiu como **contrapartida** à não incidência de ICMS sobre petróleo e seus derivados estabelecida no art. 155, X, "b" da Constituição, medida que prejudicou os Estados produtores:

“Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão na constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino.

A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os Estados do Sul continuavam gratuitamente tributando as poupanças consumidas nos Estados do Norte e do Nordeste.

Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica - recursos hídricos - e petróleo.

Ocorreu o seguinte: os estado onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabariam recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e energia elétrica.

O que se fez? Participei disso diretamente, lembro-me que era, na época, o Senador Richard quem defendia os interesses do Estado do Paraná e o Senador Almir Gabriel quem defendia os interesses do Estado do Pará, além do Rio de Janeiro e Sergipe, em relação às plataformas de petróleo.

Então, qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí porque preciso ler o § 1º do Art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição Federal.

O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros estados - petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica, - ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS.

(...)

Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos Estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí criou-se o § 1º do artigo 20 (...).”

Logo, verifica-se que a jurisprudência do STF, último intérprete e Guardião da Constituição, entende que a "compensação financeira" (royalties) devida pela exploração de petróleo tem por pressuposto a exploração do petróleo e os danos (ambientais, sociais e fiscais) por ela causados.

Também a doutrina se posiciona no mesmo sentido, conforme se infere do comentário de José Afonso da Silva<sup>54</sup>, para quem "...o direito nasce (é causado) pela

53 MS 24312, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2003, DJ 19-12-2003 PP-00050 EMENT VOL-02137-02 PP-00350.

54 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259.

exploração dos minerais, indicados no dispositivo, no território da entidade (...), mas o texto em comentário estende o direito à exploração também na plataforma continental, mas territorial ou zona econômica exclusiva".

No mesmo sentido é a constatação de Paulo Napoleão Nogueira da Silva<sup>55</sup>, em comentário ao § 1º do artigo 20 da CF/88: “Por último, cabe lembrar que a compensação incluída no dispositivo sob comentário, como qualquer compensação, tem o sentido de reparar uma perda, quer caracterizada por prejuízo propriamente dito, como por lucro cessante, um e outro decorrentes da exploração”.

Como se denota, se a "compensação financeira" prevista no § 1º do artigo 20 da Constituição pressupõe uma perda, caberá aos Estados produtores a maior parte de sua arrecadação, sob pena de violação do dispositivo constitucional citado.

Também se deve destacar o apontamento de Rejane da Silva Viana<sup>56</sup>, que vincula a receita dos "royalties" ao impacto causado por sua exploração: "Considerando o petróleo como um recurso ambiental não renovável, aliado ao conceito de compensação financeira dos royalties, o uso desse recurso deveria buscar minimizar os impactos causados pelo empreendimento".

Não se está aqui por pretender que os Estados e Municípios não produtores não possam receber royalties de Petróleo, até mesmo porque tais entes já recebem participação prevista no artigo 49, inciso II da Lei 9.478/97. O próprio projeto que ora se analisa tem por escopo entregar parcela um pouco maior da receita dos royalties para os Estados e Municípios Produtores.

Todavia, a distribuição dos royalties deve atender a um critério mínimo de isonomia, consistente no tratamento igual a quem está em situação igual e desigual para quem se encontra em situações desiguais. Há violação do princípio da igualdade tanto nos casos em que os desiguais são tratados igualmente como quando os iguais são tratados de forma desigual.

O que ocorre no presente caso é que a proposta legislativa pretende dar tratamento “igualitário” a Estados e Municípios que se encontram em situação totalmente desigual.

---

55 SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Comentários ao art. 20. In: BONAVIDES, Paulo et all. (coord.) Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 550.

56 VIANA, Rejane da Silva. “Royalties de Petróleo: ressarcimento pelo uso da riqueza natural no Amazonas”. In: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/desenv\\_econom\\_rejane\\_da\\_silva\\_viana.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/desenv_econom_rejane_da_silva_viana.pdf). Acesso em 05.03.2010.

Não há como ignorar que Estados nos quais há produção de petróleo devem ser tratados de forma diferenciada daqueles em que esta indústria não se encontra, seja pelas perdas fiscais decorrentes de uma decisão política do Constituinte (imunidade tributária do ICMS), seja pelos custos sociais e ambientais causados pela citada indústria.

Ademais, se existe uma clara vinculação entre os royalties de petróleo e o fato de suportar os custos da respectiva indústria, os critérios estabelecidos pelo Legislador na distribuição de tais recursos também deve levar em consideração referida peculiaridade. Fixar um percentual de royalties um pouco maior para os Estados e Municípios Produtores (somente para evitar o argumento da inconstitucionalidade do tratamento “igualitário”) também é contrário à Constituição justamente por ignorar a vinculação antes mencionada.

Em outras palavras, fixar percentual de 20% para Estados Produtores e 20% para todos os demais Estados da Federação (como proposto para a hipótese de exploração *offshore* na modalidade de concessão) consiste em tratar igualmente Estados da Federação que estão em situação desigual, o que contraria brutalmente o princípio da isonomia, orientador da aplicação do Pacto Federativo.

Dá se constatar que o tratamento proposto pelo projeto de lei estudado contribui para a dilapidação da Federação brasileira, razão pela qual tal proposta deve ser rejeitada pelo Congresso Nacional, sob pena de insofismável inconstitucionalidade.

## **8- Resumo das Inconstitucionalidades da Emenda Ibsen Pinheiro/Pedro Simon ainda Presentes no PL 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara)<sup>57</sup>.**

Na análise aqui implementada, pôde-se constatar que o Projeto de Lei 448/2011, embora seja materialmente distinto da proposta conhecida como “emenda Ibsen-Simon”, acaba por repetir os mesmos vícios de inconstitucionalidade já presentes naquela proposta legislativa, quais sejam:

- a) Em primeiro lugar, referida proposta legislativa buscou modificar os critérios normativos de funcionamento de fundos (FPE e FPM) por lei ordinária, quando seria necessária Lei Complementar para tanto.
- b) Em segundo lugar, ao utilizar na distribuição dos royalties de petróleo um critério manifestamente inconstitucional (tendo em vista que o STF declarou, nas ADIns citadas anteriormente, a inconstitucionalidade dos atuais critérios de repartição de receitas do FPE e do FPM) referida proposta incide no que a jurisprudência do Supremo denominou “inconstitucionalidade por arrastamento” ou “inconstitucionalidade consequencial”.
- c) Em terceiro lugar, a proposta também viola a Constituição por agredir o § 1º do artigo 20 da Constituição e os princípios constitucionais da isonomia, do Pacto Federativo e da proporcionalidade, visto que o termo “compensação” utilizado pelo Constituinte no citado enunciado deve ser entendido como uma retribuição causada por uma perda prévia (efetiva ou potencial), representada, no caso, pelos custos ambientais, sociais e fiscais da instalação da indústria do petróleo na economia dos Estados e Municípios produtores. Em nada abona a previsão de “compensação” advinda da União Federal, seja por sua incerteza jurídica (inexistência de meios jurídicos efetivos a fim de garantir que a União cumpra com tal dever), seja pelo nítido reconhecimento da violação à igualdade.

---

<sup>57</sup> Autor: Cláudio de Oliveira Santos Colnago.

## **9- Instrumentos jurídicos disponíveis para que os Municípios possam participar de eventual discussão judicial em torno da distribuição dos royalties de Petróleo<sup>58</sup>**

Dentre os instrumentos jurídicos disponíveis aos municípios capixabas para participarem da discussão judicial acerca das ilegalidades do projeto de lei tratado no presente relatório, destacam-se três: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn); a Ação Civil Pública e a Ação Popular. Instrumentos estes, que serão tratados pormenorizadamente nos itens que seguem.

### **9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade**

A Constituição brasileira de 1988, na esteira da tendência iniciada na vigência de textos constitucionais anteriores, tratou de consolidar o chamado controle de constitucionalidade das leis como instrumento de garantia de sua higidez e Supremacia. Porém, a opção do Constituinte não se deu no único sentido de optar entre um dos dois modelos de controle de constitucionalidade habitualmente estudados pela doutrina constitucional. A par disso, o texto de 1988 tratou de aprofundar as peculiaridades do que se poderia chamar de um genuíno “sistema misto” de controle de constitucionalidade, em que o controle concreto (de tradição americana) convive lado a lado com uma sistemática de controle abstrato (de tradição austríaca).

Desempenhando este papel, o Constituinte ampliou consideravelmente o rol de entidades que poderia provocar o Supremo Tribunal Federal a realizar o controle de constitucionalidade das leis em abstrato<sup>59</sup>. Atualmente, dez distintas categorias de entes podem ajuizar a conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), como estabelece o artigo 103 de nossa Constituição:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

---

<sup>58</sup> Autores: Cláudio de Oliveira Santos Colnago e Orlindo Francisco Borges.

<sup>59</sup> “Entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou o constituinte pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando, entre diversos órgãos, agentes ou instituições, a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (v. CF/88, ART. 103)”. (ADI 108, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1992, DJ 05-06-1992 PP-08427 EMENT VOL-01664-01 PP-00017 RTJ VOL-00141-01 PP-00003)

V - o Governador de Estado;  
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
VI - o Procurador-Geral da República;  
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

O uso do controle de constitucionalidade em abstrato se pluralizou politicamente em 1988 sobretudo em razão de tal ampliação no rol de legitimados que, a despeito de incluir a figura dos Governadores de Estado ou das Mesas da Assembleia Legislativa, não contemplou expressamente os entes municipais como entidades diretamente legitimadas ao ajuizamento da ADIn ou da ADC.

Embora não exista uma previsão expressa de legitimação dos Prefeitos Municipais para a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, referida restrição pode ser contornada mediante a atuação de entidades de classe de âmbito nacional que venham a congregar municípios que possuem algum grau de afinidade ou ligação.

Três são os requisitos que devem ser demonstrados por uma associação de Municípios para que ela possa ter reconhecido o direito de propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a) a existência de um vínculo específico entre os municípios que a compõem, de forma a resultarem em uma “classe”, b) a caracterização da referida entidade como de âmbito nacional e c) a pertinência temática entre o objeto atacado (lei ou ato normativo federal ou estadual) e a posição institucional da entidade.

No que diz respeito ao requisito do vínculo específico, diz ele respeito à menção constitucional a uma “entidade de classe”. Em outras palavras, é necessário caracterizar, em uma entidade associativa que una municípios, que eles partilhem de alguma especificidade que os torne únicos em relação aos demais entes municipais.

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente a legitimidade de entidades associativas que congregavam municípios “de grande capacidade de produção”, como se infere do julgado a seguir transcrito, no qual figurou como Autora a “Associação Nacional dos Municípios Produtores-ANAMUP”:

“MUNICÍPIOS – PARTICIPAÇÃO EM TRIBUTOS ESTADUAIS – VINCULAÇÃO. Surge a plausibilidade do pedido e o risco, uma vez versada, na norma atacada, vinculação imprópria, porque estranha à Constituição Federal, e a assunção, pelo Estado, da administração de valores que devem ser repassados, integralmente, aos municípios”. (ADI 4597 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011)

Logo, os Municípios capixabas poderiam se fazer representados em entidade associativa que congregasse, por exemplo, os municípios localizados em Estados que suportam a indústria do petróleo, o que permitira a caracterização de tal entidade como uma entidade de classe.

No que tange ao segundo requisito, a saber, a exigência de “âmbito nacional”, a despeito de tal exigência constar do Texto Constitucional, nele não há qualquer critério apto a orientar o intérprete a respeito de quais fatores serem necessários para considerar determinada entidade de classe como inclusa em tal grupo. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando por analogia a Lei Orgânica dos Partidos Políticos<sup>60</sup> para considerar que, em termos gerais, será considerada como de âmbito nacional aquela entidade que se faça presente em no mínimo 9 estados da federação.

Em razão das peculiaridades da discussão acerca dos royalties (em que dois Estados da Federação concentram boa parte da indústria), este critério poderia ser um inviabilizador da pretensão de questionamento judicial mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Todavia, a jurisprudência do STF vem flexibilizando tal exigência quando ela não tenha correlação lógica com a classe representada<sup>61</sup>. Em outras palavras, entende o Supremo que sempre que as peculiaridades de uma classe a tornem concentrada em determinados Estados da Federação, não é de se exigir a presença obrigatória em 9 entidades federativas.

Este entendimento foi consolidado no julgamento da ADIn 2.866/MC, no qual se admitiu a legitimidade da Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL, entidade que representa uma classe presente em somente 4 Estados da

---

60 “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional. Precedente: ADIN-386”. (ADI 108, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1992, DJ 05-06-1992 PP-08427 EMENT VOL-01664-01 PP-00017 RTJ VOL-00141-01 PP-00003)

61 O Ministro Moreira Alves já havia deixado consignado na ADIn 386 que o critério dos 9 Estados, “... cederá nos casos em que haja comprovação de que a categoria dos associados só existe em menos de nove estados”.

Federação (Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul). Eis a ementa do julgado:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal - ABERSAL contra a Lei Estadual nº 8.299, de 29 de janeiro de 2003, do Estado do Rio Grande do Norte, que "dispõe sobre formas de escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte e dá outras providências". 2. Legitimidade ativa. 3. **Inaplicabilidade, no caso, do critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos** (Lei nº 9.096, de 19.9.1995: art. 7º), haja vista a relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL, não obstante a **produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação.** (...)”.

(ADI 2866 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2003, DJ 17-10-2003 PP-00013 EMENT VOL-02128-01 PP-00178)

Logo, é extremamente plausível que uma entidade associativa que tenha entre seus membros os Municípios integrantes de Estados que hospedam a indústria do petróleo venha a ser admitida como Autora de uma ADIn perante o Supremo Tribunal Federal, já que a indústria petrolífera se concentra em poucos Estados da Federação.

Há ainda a necessidade de demonstração do terceiro requisito, a saber, a caracterização da pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e a norma que está sendo atacada por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A pertinência temática tem sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal ora como “o elo entre os objetivos visados e a norma que se impugna”<sup>62</sup>, ora sendo “o interesse considerado o respectivo estatuto e a norma que se pretenda fulminada”<sup>63</sup>, ou ainda como vínculo “entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos” da Associação<sup>64</sup>.

Assim, para que se verificasse a pertinência temática entre uma entidade congregadora de municípios produtores de petróleo e gás natural, seria necessário demonstrar a relação direta entre os objetivos da associação e a norma que estabeleça uma redistribuição dos royalties inerentes e tal atividade.

O Supremo Tribunal Federal tem considerado presente a pertinência temática, dentre outros casos, quando uma associação é formada por entidades afetadas pela norma impugnada:

“PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Surge a pertinência temática, presente ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por associação, quando esta congrega setor econômico que é alcançado, em termos de tributo, pela norma atacada.” (ADI 3413, Relator(a): Min.

62 ADI 1139 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/1994, DJ 02-12-1994 PP-33197 EMENT VOL-01769-01 PP-00139.

63 ADI 1873, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1998, DJ 19-09-2003 PP-00014 EMENT VOL-02124-03 PP-00457.

64 ADI 2482, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2002, DJ 25-04-2003 PP-00032 EMENT VOL-02107-01 PP-00168.

Analogicamente, uma entidade associativa de Municípios produtores de petróleo e gás natural, sediados em somente dois Estados da Federação, teria plena legitimidade para questionar, mediante ADIn no Supremo Tribunal Federal, eventual norma federal que determine novos critérios de distribuição de royalties, visto que: a) trata-se de uma classe específica de municípios (aqueles que integram Estados que suportam a indústria do petróleo e do gás natural), b) possuirá âmbito nacional, haja vista a indústria mencionada se concentrar em poucos Estados da Federação e c) será detentora de pertinência temática, já que será nítida a verificação da relação direta entre suas finalidades institucionais e a norma que determine a redistribuição de royalties.

### **9.1.1 Participação de Municípios como *amici curiae***

Além da atuação municipal através de entidades associativas, também está disponível aos municípios dos Estados produtores uma outra via ainda no âmbito do chamado controle abstrato de constitucionalidade: a atuação como *amicus curiae*, que funciona como um “terceiro institucional” que pode participar, ainda que limitadamente, das discussões centrais de uma eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sabe-se que em razão do princípio do processo objetivo, que norteia a aplicação das normas que tratam do processo de controle abstrato de, normalmente não é admitida a intervenção de terceiros nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Esta regra, todavia, passou a ser abrandada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em determinadas ocasiões admitiu a manifestação de entidades que nitidamente demonstrassem uma possibilidade de colaboração real e efetiva na elucidação das questões constitucionais debatidas naquela Corte. É, pois, de longa data que a jurisprudência do STF admite a figura do *amicus curiae*, ou “amigo da Corte”, instituição que surgiu e se aperfeiçoou perante a Suprema Corte Americana.

Atualmente tal instituição está expressamente prevista na Lei 9.868/99, que confere ao relator a possibilidade de admitir a intervenção de terceiros institucionais quando verificada sua representatividade e a relevância da matéria. Assim dispõe o artigo 7º, § 2º da citada Lei: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir,

*observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".*

Por outro lado, não se pode esquecer que, conforme leciona a abalizada doutrina de Damares Medina<sup>65</sup>, “A ampliação das possibilidades de acesso à jurisdição constitucional promovida pelo *amicus curiae* é um fator de abertura procedimental e de pluralização da jurisdição constitucional”.

Em outras palavras, a atuação do *amicus curiae* no processo de controle abstrato permite uma pluralização do debate acerca da interpretação constitucional, contribuindo para a formação do que Peter Häberle<sup>66</sup> denomina "Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição".

Esta relação direta entre participação do *amicus curiae* e a abertura procedimental já havia sido percebida pelo professor Gilmar Mendes<sup>67</sup> quando da tramitação do projeto de lei que se tornou a Lei 9.868/99.

"Nos Estados Unidos, o chamado “Brandeis-Brief” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no case Müller versus Oregon (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Hoje, não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

---

<sup>65</sup> MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

<sup>66</sup> É notória a atuação do professor alemão na defesa de uma interpretação constitucional mais aberta e democrática. Destaca-se o seguinte trecho de conhecida obra: "Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos no processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo". (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 24)

<sup>67</sup> MENDES, Gilmar. **Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/130>>. Acesso em: 17 jan. 2011.

Tem-se, assim, a proposta de um novo instituto que, se adotado, servirá para modernizar o processo constitucional brasileiro".

O Supremo Tribunal Federal também tem traçado esta relação entre a intervenção do *amicus curiae* e a maior legitimação da jurisdição constitucional ao considerar tal instituto "...um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional.<sup>68</sup>"

No mesmo sentido pode-se mencionar o entendimento firmado na ADIn 4.001: *"A entidade que participa na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, aportando aos autos informações relevantes ou dados técnicos, confere ao processo caráter pluralista. Pode contribuir de forma significativa com esta Corte"*<sup>69</sup>.

Ademais, destaca-se que é cabível a admissão mesmo de mais de um *amicus curiae* em cada processo de controle abstrato, haja vista não existir qualquer limitação no texto do artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/99, assim como pelo fato de que quanto mais *amici* intervierem nos autos, melhor será a qualidade da interpretação constitucional construída pelo Tribunal, em razão da democratização do acesso à jurisdição constitucional.

Neste sentido é a conclusão a que chegou o professor Edgard Silveira Bueno Filho<sup>70</sup>:

"A lei nada diz a respeito da possibilidade de serem admitidos mais de um *amicus* para cada parte. Conclui-se daí que, não havendo proibição, a presença é permitida. Além de não existir proibição, deve ser lembrado que a participação desse terceiro qualificado tem por objetivo ampliar o debate do tema constitucional, democratizando-o. Só pessoas representativas são habilitadas para participar do processo de controle, daí porque a presença de vários *amici* nos parece admissível."

Bem fincadas tais premissas, é de se considerar que em eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada por governadores dos Estados prejudicados com uma nova distribuição de royalties, poderão os municípios ou suas entidades representativas

---

<sup>68</sup> STF, ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-00, DJ de 10-6-05.

<sup>69</sup> STF, ADI 4.001, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 14-5-08, DJE de 21-5-08.

<sup>70</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. **Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, n. 19, pp. 85-89, out-dez. 2002.

pleitear sua admissão no processo na condição de *amicus curiae*, devendo, para tanto, justificar tal pedido com a demonstração de sua representatividade no âmbito municipal.

Neste contexto, os municípios ou entidades que lhe representem poderão expor as efeitos deletérios que podem incidir sobre suas realidades econômicas caso ocorra a pretendida repartição de *royalties* proposta no Congresso Nacional. Entre todas as entidades federativas, o Município é aquela que está mais próxima do cidadão comum e, conseqüentemente, é aquela que poderá com mais perfeição demonstrar como a retirada de tais importantes recursos financeiros poderá impactar de forma negativa na obtenção de uma maior qualidade de vida para seus cidadãos.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após acolher as manifestações doutrinárias<sup>71</sup> neste sentido, vem permitindo aos *amici curiae* não somente a apresentação de memoriais e documentos nos autos da ação de controle abstrato, mas também lhes assegurando o direito à sustentação oral, através de advogado constituído nos autos.

Vide, a respeito, o quanto decidido pela Corte na ADIn 2.777 (decisão constante do informativo de jurisprudência nº 331, do STF):

"Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. (STF, ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 26 e 27.11.2003).

Assim, resta demonstrado que os municípios prejudicados poderão, individualmente ou através de entidades associativas, interferir na qualidade de *amicus curiae*, ocasião em que poderão apresentar memoriais e informações relevantes nos autos de eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade que venha a ser ajuizada em

---

<sup>71</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 8, p. 33-38, 2003.

face de norma que disponha sobre a redistribuição dos recursos dos *royalties*, sendo-lhes possível, ainda, realizar sustentação oral através de advogado regularmente constituído.

## 9.2. Ação Popular

A Ação Popular se apresenta como instrumento jurídico constitucional idôneo para a proteção da coletividade de atos lesivos ilegais ao patrimônio público. Este remédio constitucional está previsto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º. [...]”

LXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.”

Tal dispositivo é regulamentado pela Lei nº. 4.717/65, também conhecida como Lei da Ação Popular, em cujo conteúdo há os requisitos para a sua propositura. Veja o seu art. 1º, que traz uma descrição mais pormenorizada do instituto:

“Art. 1º. **Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio** da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos **Municípios**, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38<sup>72</sup>), de sociedade mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

Portanto, tal ação será cabível para a invalidação de atos ilegais lesivos ao patrimônio do Estado e dos Municípios, tal como o PL nº. 446/2011 (PL 2565/2011, na Câmara), que se apresenta enquanto um ato legislativo cuja potencialidade ruína é concreta ao orçamento e à satisfação de direitos fundamentais primários dos Municípios produtores de petróleo. Para tanto, qualquer cidadão (prefeito ou cidadão de um dos Municípios afetados) será legitimado para a sua impetração, bastando a comprovação de sua cidadania por meio da juntada de seu título eleitoral ou documento equivalente na petição inicial (art. 1º, §3º, Lei nº. 4.717/65). Nesse pormenor, registre-se que fundamental se faz com que o autor esteja em pleno gozo de seus direitos políticos<sup>73</sup>. Ainda nesse sentido, não serão legitimados para a propositura desta ação pessoas

---

<sup>72</sup> Referência à Constituição Federal de 1946.

<sup>73</sup> Conforme pontuam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, tendo sido cassados os direitos políticos do autor popular no curso da ação, o mesmo perderá a legitimidade para a causa, que poderá continuar pela atuação de outros co-legitimados. *Cfr.* NERY JR. Nelson, NERY, Rosa Mariade Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed. Saraiva: São Paulo, p. 1398.

jurídicas, partidos políticos ou entidades de classes. Esse entendimento foi pacificado pelo STF por meio da súmula nº 365.

Outro requisito essencial para o cabimento da ação será a demonstração do binômio ilegalidade/lesividade<sup>74</sup>. Portanto, necessário se faz com que reste clara a concretude da lesão emanada pelo projeto legislativo. Isso porque, tal ação não é cabível para as chamadas “leis em tese”, aplicando-se às leis de efeitos concretos, ou seja, cuja repercussão não seja abstrata e genérica, mas que redunde em um prejuízo a destinatários certos.

No presente caso, resta patente a concretude dos prejuízos patrimoniais direcionados aos municípios produtores de petróleo, maiores prejudicados com a aprovação do PL nº. 448/2011, que, de 26,25% que recebem do repasse da compensação financeira dos royalties, passarão a receber 17% em 2012 a chegar em 4% em 2020. Tal prejuízo, cumulado com os vícios formais e substanciais apontados neste relatório, justificam o ajuizamento da ação popular, inclusive, com o pedido de suspensão liminar de seus efeitos, nos termos do art. 5º, §4º, da Lei da Ação Popular.

O foro competente para o julgamento da ação, nos termos do art. 5º, da Lei nº. 4.717/65, será definido conforme a origem do ato que se busca invalidar cumulado com os interesses discutidos no pleito (art. 5º, §2º, da Lei nº. 4.717/65). Assim, sendo um projeto de lei originário do Senado Federal, que envolve o interesse da União, dos Estados e Municípios, produtores e não produtores de petróleo, o foro competente para o julgamento da ação popular seria a Justiça Federal de Brasília/DF (seção judiciária onde se consumou o ato), a obedecer ao procedimento ordinário, nos termos do art. 7º da referida lei. Contudo, apesar da regra geral de competência da ação popular estabelecer que a mesma deverá ser processada e julgada perante a Justiça de 1º grau<sup>75</sup>, o STF na Recl. 424-4/RJ<sup>76</sup> assentou o entendimento acerca de sua competência originária para julgar as ações populares que tenham por fundamento questões que

---

74 Nesse sentido, o excelso STJ: “[...] para ensejar a propositura da ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público” (REsp nº. 111.527-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 20.04.98, p. 23).

75 “O Supremo Tribunal Federal – por ausência de previsão constitucional – não dispõe de competência originária para processar e julgar ação popular promovida contra qualquer órgão ou autoridade da República, mesmo que o ato cuja invalidação se pleiteie tenha emanado do Presidente da República, das mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, ainda, de qualquer dos Tribunais Superiores da União.” (STF, Pet. 2.018-AgRg, Min. Rel. Celso de Mello, DJ de 16.02.2001)

76 “EMENTA. Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual. II. STF: competência: conflito entre a União e o Estado: caracterização na ação popular em que os autores pretendendo agir no interesse de um Estado-membro, postulam a anulação de decreto do Presidente da República e, pois, de ato imputável à União. DECISÃO: Por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente a reclamação, para avocar os autos da ação popular [...]” (STF, Recl. 424-4/RJ, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 05.05.1994)

possam criar conflitos entre um Estado e a União, com base no art. 102, I, “f”, da CF/88<sup>77</sup>. Entendimento este, que vem se consolidando no tribunal, *in verbis*:

“EMENTA: AÇÃO POPULAR. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O STF. CONFLITO FEDERATIVO ESTABELECIDO ENTRE A UNIÃO E ESTADO-MEMBRO. ART. 102, I, F, DA CONSTITUIÇÃO. I – Considerando a potencialidade do conflito federativo estabelecido entre a União e Estado-membro, emerge a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação popular, a teor do que dispõe o art. 102, I, f, da Constituição. II – Questão de ordem resolvida em prol da competência do STF.”

(STF, ACO 622 QO/RJ, Min. Rel. Ilmar Galvão, DJ 15.02.2008, p. 216)

Sendo assim, diante do conflito federativo já existente entre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e os demais entes da federação que apóiam o PL 448/2011, é plenamente plausível a submissão de eventual ação popular ajuizada com o intuito de sanar as ilegalidades e potenciais lesões promovidas com a aprovação do aludido projeto de lei originariamente ao STF para julgamento.

### 9.3. Ação Civil Pública

A Constituição Federal, com o apoio da legislação infraconstitucional de direito coletivo, na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos criou o instrumento processual da Ação Civil Pública para a proteção e prevenção de danos ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao consumidor e demais direitos meta-individuais<sup>78</sup>.

Regulamentada pela Lei nº. 7.347/85, o rol de entidades legitimadas para a sua propositura se estende para além do Ministério Público, que a possui enquanto função institucional constitucionalmente delegada (art. 129, II, III, da CF/88). Este rol taxativo está elencado no art. 5º, da Lei nº. 7.347/85:

“Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) Esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) Inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

77 “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”.

78 Conforme assevera o art. 1º, da Lei nº. 7.347/85: “Regem-se pelas disposições dessa lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético; histórico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística”

Nesses termos, terão os Municípios legitimidade para a propositura deste instrumento processual tanto individualmente como representados por uma entidade associativa que os congregue. No caso de entidade associativa há, todavia, a necessidade de atendimento dos requisitos da pré-constituição, inclusive em conformidade com a lei civil (art. 45, do CC/02 e arts. 114 a 121 da Lei de Registros Públicos), e da vinculação do objeto da ação com suas finalidades institucionais para fins de caracterização da adequação de sua representatividade.

Não obstante, nos termos do art. 21, da Lei nº. 7.347/85, aplicam-se à defesa dos interesses defendidos por tal ação, no que for cabível, os dispositivos do título III da Código de Defesa do Consumidor, dentre eles, o art.82, IV e §1º, que dispensa “*a autorização assemblear*”, bem como reconhece que “*o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz [...] quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido*”. Desse modo, o requisito da pré-constituição não é estanque, podendo ser relativizado pelo juiz *in casu*.

Em se tratando de uma alegação incidental de inconstitucionalidade, em razão dos efeitos *erga omnes* da sentença atribuídos pelo art. 16, da Lei nº. 7.347/85 vêm entendendo a doutrina e jurisprudência no sentido de ser inidônea este via, por converter o controle difuso de constitucionalidade em controle concentrado de forma oblíqua e indevida, haja vista que juízes de 1º grau poderiam usurpar a competência do STF para a realização do controle concentrado de constitucionalidade. O STF, no entanto, admitiu, embora sob condição, a argüição incidental na ação civil pública:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, **desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objetivo único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.**”

(STF, Recl. Nº. 1.733-SP, Rel. Min. Celso de Mello (informativo STF nº. 212, dez/2000). Também: RE 424.993-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 12.09.2007)

Desse modo, em se tratando de “lei em tese”, admite-se ação civil pública cujo pedido não objetive sentença que imponha condutas de forma genérica, mas, ao contrário, vise hostilizar diretamente a relação jurídica posta na controvérsia, de forma

que a declaração incidental de inconstitucionalidade apenas afete indiretamente terceiros estranhos ao processo.

Insta ressaltar, todavia, que a ressalva colacionada acima se refere tão somente aos atos normativos que transmitam normas genéricas, abstratas e impessoais, o que não é o caso do PL nº. 448/2011 que, embora se apresente enquanto norma geral, seus efeitos são dotados de concretude e singularidade que repercutem diretamente na esfera dos Estados e Municípios produtores de petróleo, sendo, portanto, cabível o controle incidental de inconstitucionalidade pela via da ação civil pública.

Em se tratando de uma questão que envolve conflito federativo, poderão os Municípios, como observado na ação popular, ajuizarem a ação civil pública originariamente perante o Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 102, I, “f”, da CF/88:

“[...] SITUAÇÃO DE POTENCIALIDADE DANOSA AO INTERESSE PÚBLICO - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA – DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “f”), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes”. [...] (STF, ACO 1534 TA-Ref / RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.03.2011)

“E M E N T A: STF: competência: ação civil pública do Ministério Público Federal que, em nome da defesa do patrimônio da União (CF, art. 129, III), postula, entre outros provimentos, a condenação do Estado-membro a não implementar municípios que pretende criados irregularmente: conseqüente existência de conflito entre a União - ainda que substituída, na relação processual pelo Ministério Público - e o Estado, que atrai a competência originária do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, “f”).” (STF, ACO 473 QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.04.1995)

Nesse caso, não incide no conflito a regra do foro do local do dano previsto no art. 2º, da Lei nº. 7.347/85. Isso porque, a Constituição da República não deu margem para incidência supletiva de norma infraconstitucional. Desse modo, por se tratar de competência funcional do STF, não haverá margem, também, para a ocorrência de conexão ou continência, devendo o Supremo Tribunal Federal se manifestar originariamente e privativamente sobre a questão posta em litígio.

Posto isto, sem prejuízo de eventual ação popular (art. 1º, da Lei nº. 7.347/85), poderão os Municípios se fazer representar diretamente, ou ainda, por meio de uma entidade associativa perante o Supremo Tribunal Federal por meio da ação civil pública para a proteção dos direitos de seus cidadãos.

## 10- Perfil dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>79</sup>.

Embora se saiba que os magistrados são dotados de imparcialidade, esta regra não os dota de neutralidade, haja vista que as decisões daqueles que vestem a toga será, por muitas vezes, influenciadas pelas experiências prévias que tiveram como seres humanos.

Por tais razões, entendeu-se relevante enumerar alguns traços que colaboram na formação do perfil de cada um dos Ministros integrantes da Suprema Corte brasileira. Referido levantamento encontra-se a seguir.

O Supremo Tribunal Federal (STF) conta, atualmente, com 10 ministros em sua formação plenária, nomeadamente: o Min. Cezar Peluso (presidente), o Min. Ayres Britto (vice-presidente), o Min. Celso de Mello, o Min. Marco Aurélio, o Min. Gilmar Mendes, o Min. Joaquim Barbosa, o Min. Ricardo Lewandowski, a Min. Cármen Lúcia, o Min. Dias Toffoli e o Min. Luiz Fux<sup>80</sup>. A 11<sup>a</sup> Ministra que deve assumir a vaga deixada pela Min. Ellen Gracie (aposentada em agosto de 2011) foi escolhida pela Presidente Dilma Roussef no dia 7 de novembro desse ano. A então ministra do TST, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, deve complementar a composição do tribunal<sup>81</sup>.

### 10.1. Min. Cezar Peluso (Presidente)

Nome: Antônio Cezar Peluso

Nascido em: 03 de setembro de 1942

Natural de: Bragança Paulista/SP

Formação Jurídica: Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade Católica de Direito de Santos (1962/1966); Especialista em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da USP (1967); Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo (1974 e 1975); Mestre em Direito Processual Civil pela

---

79 Autor: Orlindo Francisco Borges.

80 Informações correspondem a um resumo do curriculum vitae disponibilizado pelos ministros no sítio eletrônico do STF: «[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)». Acesso em: 07.nov.2011.

81 «Rosa Maria é gaúcha de Porto Alegre. Formou-se na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1971. Em 1975, passou em concurso público para inspetora do Ministério do Trabalho em seu estado, função na qual permaneceu até o ano seguinte, quando passou em concurso para juíza do Trabalho. Em 1981, foi promovida por merecimento ao cargo de juíza presidente, que exerceu em cidades do interior e na capital. Em 1986, foi promovida a desembargadora federal do Trabalho. Foi professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica gaúcha (PUC-RS) entre 1989 e 1990». Disponível em: «<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/11/07/presidente-dilma-escolhe-rosa-maria-weber-para-stf-925751630.asp>». Acesso em: 08.nov.2011.

Faculdade de Direito da USP (1973/1975); Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP (1973/1975); Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP (1972/1975).

#### **10.2. Min. Ayres Britto (Vice-Presidente)**

Nome: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto

Nascido em: 18 de novembro 1942

Natural de: Propriá/SE

Formação Jurídica: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sergipe (1962/1966); Curso de Aperfeiçoamento em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito do Sergipe (1974/1975); Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo (1981/1982); Doutor em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo (1988).

#### **10.3. Min. Celso de Mello**

Nome: José Celso de Mello Filho

Nascido em: 01 de novembro de 1945.

Natural de Tatuí/SP

Formação Acadêmica: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e membro do Ministério Público do Estado de São Paulo desde 1970 até ser nomeado para a Suprema Corte.

#### **10.4. Min. Marco Aurélio**

Nome: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Nascido em 12 de julho de 1946

Natural do Rio de Janeiro/RJ

Formação Acadêmica: Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1973); Mestre em Direito Privado pela UFRJ (1982).

#### **10.5. Min. Gilmar Mendes**

Nome: Gilmar Ferreira Mendes

Nascido em: 30 de dezembro de 1955

Natural de Diamantino/MT

Formação Acadêmica: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1975/1978); Mestre em Direito e Estado pela UnB (1987); Mestre em Direito pela *Westfälische Wilhelms - Universität zu Münster*, Alemanha (1988/1989); Doutor em

Direito do Estado pela *Westfälische Wilhelms-Universität zu Münster*, Alemanha (1990), título revalidado pela USP (1996).

#### **10.6. Min. Joaquim Barbosa**

Nome: Joaquim Barbosa

Nascido em: 07.10.1954

Natural de: Paracatu/MG

Formação Acadêmica: É Doutor (1988/1992) e Mestre em Direito Público pela Universidade de Paris-II (*Panthéon-Assas*). Cumpru também o programa de Mestrado em Direito e Estado da Universidade de Brasília - UnB (1980-82), que lhe valeu o diploma de Especialista em Direito e Estado por essa Universidade.

#### **10.7. Min. Ricardo Lewandowski**

Nome: Enrique Ricardo Lewandowski

Nascido em: 11.05.1948

Natural de: Rio de Janeiro/RJ

Formação Acadêmica: Bacharel em Ciências Políticas e Sociais pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo, da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (1971); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (1973); Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1980); Master of Arts em Relações Internacionais pela *Fletcher School of Law and Diplomacy*, da *Tufts University*, administrada em cooperação com a *Harvard University* (1981); Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1982).

#### **10.8. Min. Cármen Lúcia**

Nome: Cármen Lúcia Antunes Rocha

Nascida em: 19.04.1954

Natural de: Montes Claros/MG

Formação Acadêmica: Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais (1973 a 1977); Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral (1979); Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1980/1981) - dissertação defendida em 1982.

### **10.9. Min. Dias Toffoli**

Nome: José Antônio Dias Toffoli

Nascido em: 15.11.1967

Natural de: Marília/SP

Formação Acadêmica: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Universidade de São Paulo – USP, (1986-1990).

### **10.10. Min. Luiz Fux**

Nome: Luiz Fux

Nascido em: 26.04.1953

Natural de: Rio de Janeiro/RJ

Formação Acadêmica: Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (1971/1976); Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2009).

## **11- Conclusões e Recomendações.**

Diante do exposto, os autores e o coordenador do Relatório da Comissão de Estudos de Direito do Petróleo e Gás Natural da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Espírito Santo, recomendam:

- Ações junto à Presidência da República no sentido de vetar, se aprovadas forem, as alterações constantes do Projeto de Lei 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara), aprovado no Senado Federal;

- Caso mantidas as alterações na divisão dos royalties constantes do Projeto de Lei 448/2011 (PL 2565/2011, na Câmara), sejam provocados os órgãos públicos competentes e as entidades de classe, para a propositura de ações judiciais (descritas neste Parecer) visando o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais aqui analisados.

- O aprofundamento pela presente Comissão e pela Escola Superior de Advocacia (ESA), da OAB/ES, dos estudos em torno das oportunidades decorrentes do adensamento da cadeia produtiva do petróleo e gás, mormente as potencialidades na área jurídica, e, se possível, iniciar interação com as IBP, ONIP, com o Governo Federal, MME (relativamente ao PROMINP) e com instituições de ensino público e particulares, com o intuito de dinamizar a qualificação na área do Direito do Petróleo, Gás e Energia no Estado do Espírito Santo.

## **12- Dados dos Autores.**

### **Cláudio de Oliveira Santos Colnago – Autor e Coordenador.**

Advogado. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Professor de Direito Constitucional e de Direito Tributário da graduação e da pós-graduação da FDV.

### **Gustavo Passos Corteletti – Autor.**

Advogado. Especialista em Direito Empresarial pelo IBMEC/RJ. Especialista em Direito e Negócios do Petróleo, Gás e Energia pelo IBP/UERJ. Cursando MBA em Gestão Financeira, Controladoria e Auditoria pela FGV/ES.

### **Mayra Mega Itaborahy – Autora.**

Advogada. MBA em Comércio e Negócios Internacionais pela FGV, Especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais e em Teoria das Obrigações e Prática em Contratual pela FGV, e Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes e IBET.

### **Orlindo Francisco Borges – Autor.**

Advogado. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela FDV. Aperfeiçoamento em Direito do Petróleo e Gás pela SINERGIAS. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, Especialidade em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL.