

Anexo: Parecer s/nº/LRB, de 16.06.10

Ementa: Projeto de Lei que Modifica Partilha de Recursos na Área do Pré-Sal — Recomendação do Tribunal de Contas de Questionamento Judicial do Processo Legislativo — Exame do Cabimento da Recomendação e da Medida Judicial — Ausência de Omissão da PGE — Ausência de Providências a Cargo do Estado e do Chefe do Poder Executivo para Impedir a Tramitação do Processo Legislativo — Precedentes do Supremo Tribunal Federal de Legitimar Apenas os Parlamentares a Questionar Judicialmente a Tramitação do Processo Legislativo

Senhora Procuradora-Geral,

Cuida-se de processo administrativo instaurado para exame de Recomendação do Tribunal de Contas do Estado - TCE, constante do Ofício PRS/SSE/CSO 16487/2010, exarado no Processo TCE/RJ 105.901-9/2010.

A Recomendação vem descrita nos seguintes termos:

"Para que sejam ultimados esforços, pela Sra. Procuradora-Geral do Estado, no sentido de propor, diante da possibilidade, previamente avaliada, de perdas econômicas, medidas judiciais cabíveis, de forma a salvaguardar os direitos constitucionalmente assegurados do Estado do Rio de Janeiro na participação no produto da exploração do petróleo, do qual é produtor absoluto"

Segundo noticiado, o voto do Relator ainda contempla a seguinte afirmação:

"A temática é grave demais. O Estado, através de seu aparelho institucional jurídico, tinha a obrigação de se mobilizar desde o primeiro momento, opondo-se juridicamente a todas e quaisquer tentativas de regras constitucionais que pudessem prejudicar o Estado do Rio de Janeiro." (Jornal O Globo, de 11.6.2010, p. 29)

A descoberta de riquezas petrolíferas na área do pré-sal ensejou a apresentação de projetos de lei modificando o regime jurídico da exploração do petróleo no Brasil¹.

Basicamente, para estas áreas, ao invés do regime de concessão, previsto na Lei nº 9.478/97, se pretende instituir um modelo contratual de partilha de produção.

A justificativa apontada para a mudança do regime jurídico da exploração do petróleo vem calcada no argumento de que se trata de uma riqueza jamais conhecida na história, devendo se prestar à melhoria das condições de vida da população brasileira.

No bojo das propostas apresentadas pelo Presidente da República ao Congresso Nacional foi apresentada a Emenda nº 387 ao Projeto de Lei nº 5938/2009, pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Ibsen Pinheiro, que interfere nos critérios de partilha dos recursos.

A emenda tinha a seguinte redação:

"Art. 45. Ressalvada a participação da União, a parcela restante dos royalties e participações especiais, oriundos dos contratos de partilha de produção e de concessão de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

I — 50% 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;²

II — 50% 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."

No Senado Federal, a proposta foi objeto de proposta de modificação, de autoria do Exmo. Sr. Senador Pedro Simon, nos seguintes termos e motivos:

¹ Exma. Sra. Dra. Lucia Léa Guimarães Tavares Md Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro

² O Projeto de Lei nº 5.938/2009 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, alterando dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. O Projeto de Lei nº 5.939/2009 autoriza o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás indeterminado. O Projeto de Lei nº 5.940/2009 cria o Fundo Social — FS, para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental. O Projeto de Lei nº 5.941/2009 autoriza a União a celebrar um contrato de cessão onerosa com a PETROBRAS, com vistas ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

EMENDA N ° 24 /Plenário ao Projeto de Lei da Câmara n° 7, de 2010

(Modificativa de autoria do Senador Pedro Símon).

O Art. 64 do Substitutivo ao PLC n° 7, de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 64. Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista no art. 49, inciso II, alínea d da lei n° 9478, de 06.08.1997, 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:

I — 50% 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;

II — 50% 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.

§1° A União Federal compensará, com recursos oriundos de sua parcela em royalties e participações especiais, bem como do que lhe couber em lucro 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."

§ 2° Os recursos da União Federal destinados à compensação de que trata o parágrafo anterior 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.

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

Justificação

O Substitutivo global proposto pelo relator abordou em projeto de norma única a criação de um Fundo Social, formado por recursos oriundos do novo sistema de exploração dos contratos

por partilha de barris de petróleo da camada pré-sal na plataforma continental brasileira.

Com esta emenda, visamos retomar o debate de uma partição mais equânime dos recursos do pré-sal, sem prejuízo dos Estados e Municípios chamados confrontantes com a área de exploração no recebimento dos royalties e participações especiais a título de compensação. A emenda equilibra direitos e restaura a segurança jurídica de todos os entes federados nesta importante gestão de nossos recursos minerais.

<http://senadornedrosimon.bloqspotcom/2010/06/texto-da-emenda-do-senador-pedro-simon.html>

Além disso, a proposta em tela expurga do texto do projeto dispositivo estranho ao intento de contratação, que fica mais explícito quando se prevê o ressarcimento do que foi pago a título de royalties em óleo da União às empresas contratadas para exploração. Esse dispositivo de devolução é destoante da mais singela e comezinha prática comercial, por isso deve ser retirado do texto.

O texto, em qualquer de suas versões, pode afetar significativamente a economia do Estado do Rio de Janeiro.

Ressalte-se que o processo legislativo ainda se encontra em curso e, em razão da modificação do texto originário da Câmara dos Deputados pelo Senado Federal, a proposta retornará àquela Casa Legislativa e, ao final, ainda se submete, nos termos da Constituição, à sanção ou veto pelo Presidente da República — sendo de ampla divulgação, pela imprensa, que o Chefe do Poder Executivo Federal já anunciou que pretende vetar tal dispositivo, que não constava da proposta de sua iniciativa.

Todavia, em razão dos impactos negativos de tal proposta, entendeu o TCE que a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro não deveria aguardar a conclusão do processo legislativo, razão pela qual, criticando a "omissão" do órgão, recomendou estudos para questionamento judicial das propostas.

A orientação do órgão central do Sistema Jurídico é no sentido de o Estado ajuizar ação direta de inconstitucionalidade caso a emenda seja aprovada.

Dessa orientação discorda o TCE, citando, como exemplo da possibilidade do questionamento judicial dos projetos de lei em curso, precedente da Organização dos Municípios Produtores de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro - OMPETRO, que impetrou, por intermédio de um Deputado Federal do Rio de Janeiro, o Mandado de Segurança nº 28.493.

Nesse passo, cumpre registrar — o que adiante se retomará — que o próprio precedente citado no voto onde é feita a recomendação explícita que a legitimidade é do parlamentar - "e somente do parlamentar" para coibir atos praticados no processo de aprovação de lei.

As críticas à "Emenda Ibsen" (como vem sendo nomeada pela imprensa invocam:

- violação ao art. 20, § 1º, CF, que assegura aos Estados e Municípios participação nos resultados da exploração de petróleo no respectivo território, plataforma continental ou mar territorial ou compensação financeira por esta exploração;
- violação ao ad 5º, XXXVI, CF, por afetar direito adquirido a receita do petróleo nos campos do pós-sal já licitados, representando receita originária dos Estados produtores;
- violação do art. 60; § 40, I, por se tratar de emenda tendente a abolir a forma federativa, em função da retirada da receita do Estado, afetando, inclusive, sua capacidade de pagamento de compromissos previdenciários;
- violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em função da imediata supressão de receitas estaduais, inclusive com impactos sobre o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A procedência ou não dos argumentos apresentados contra o texto da Emenda não é objeto deste pronunciamento, elaborado em caráter de urgência.³

Cuida-se, nesta oportunidade, de avaliar o cabimento da Recomendação do TCE quanto à adoção de orientação jurídica diversa daquela já fixada pela PGE e, diante disso, examinar se cabe a adoção de medida judicial contra o processo legislativo ou para impedir o processamento do projeto de lei.

É o relatório.

II

1. A independência técnica do advogado público

O art. 132 da Constituição da República estabelece que a consultoria e a representação judicial dos Estados é privativa de Procuradores de Estados, organizados em carreira.

Para tanto, a Lei Complementar nº 15, de 25 de novembro de 1980, ao aprovar a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, cometeu a este órgão central do Sistema Jurídico a autonomia administrativa e financeira; à PGE cabe fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos (art. 2º).

Portanto, a orientação jurídica acerca das medidas processuais cabíveis e a definição da melhor estratégia processual em defesa dos interesses do Estado cabe à Procuradoria Geral, sem prejuízo de o Tribunal de Contas ou a Assembleia Legislativa exercerem a defesa de suas prerrogativas, entendimentos e competências por meio de suas próprias Procuradorias.

³ Sobre o tema, já foi solicitado parecer específico.

É importante registrar que a PGE não se manteve inerte, tendo, bem antes da recomendação, prestado apoio à bancada estadual no Congresso Nacional, com vistas ao exercício da legitimidade de parlamentar da base do Estado, em defesa de sua prerrogativa de não ser chamado a deliberar sobre tema que não poderia ser levado à votação.

2. Os precedentes já ajuizados contra a Emenda nº 387

Sobre o tema já foram ajuizados três mandados de segurança.

O primeiro - MS nº 28.493 - foi impetrado por Geraldo Roberto Siqueira de Souza contra, entre outros, o Presidente da Câmara dos Deputados, sua Mesa e a Câmara, além do Presidente da Comissão Especial que analisou as propostas.

Não se reconheceu a urgência e foi indeferido o pedido de liminar.

O segundo foi impetrado o MS nº 28.705 pelo Deputado Federal Eduardo Cunha contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que admitiu e votou em plenário recurso contra a decisão de inadmissibilidade da Emenda nº 387.

Foi negado seguimento ao Mandado de Segurança, sob o fundamento de que toda a controvérsia posta nos autos diz respeito à interpretação de normas regimentais da Câmara, que é matéria interna corporis e, portanto, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário — invocando vários precedentes neste sentido.

Frise-se, nesse passo, que o STF reconheceu a legitimidade do parlamentar para impetração de mandado de segurança visando a proteger seu direito líquido e certo de participar de um devido processo legislativo, mas apenas quando estiver em causa matéria constitucional.

O Mandado de Segurança nº 28.689, impetrado pela Associação de Vereadores e Câmaras Municipais do Estado do Rio de Janeiro, contra as mesmas autoridades, teve como fundamento a inconstitucionalidade da Emenda nº 387.

O STF decidiu que não havia legitimidade ativa, que, no tema, seria de manejo exclusivo dos membros do Congresso Nacional.

Invoca, para tanto, citar o seguinte precedente (MS 23565) mencionado na decisão:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de **recusar, a terceiros que não ostentem a condição de parlamentar, qualquer legitimidade que lhes atribua a prerrogativa de questionar**, “*incidenter tantum*”, em sede mandamental, a validade jurídico constitucional de **proposta** de emenda à Constituição, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Precedentes. - **Terceiros**, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, não **dispõem do direito público subjetivo de supervisionar a elaboração dos atos legislativos, sob pena de indevida transformação, em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato** - inexistente no sistema

constitucional brasileiro (RTJ 136/25-26, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, do processo de mandado de segurança, que, instaurado por mero particular, converter-se-ia em um inadmissível sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes." (MS 23.565/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 17/11/1999) Vê-se, portanto, que esta Suprema Corte consagrou diretriz jurisprudencial que **reconhece a possibilidade do controle incidental de constitucionalidade das proposições legislativas, desde que instaurado por iniciativa de membros do órgão parlamentar perante o qual se achem em curso os projetos de lei ou as propostas de emenda à Constituição**: "Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição." (RTJ 99/1031-1032, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES - grifei) - **os grifos não são do original.**

Vê-se, pois, que, além da legitimidade ser restrita a parlamentares — o que não é o caso do Governador, do Estado ou da Procuradoria Geral do Estado — não há que se falar em inércia deste órgão.

Até o presente momento não se vislumbrou qualquer sucesso nos precedentes já ajuizados contra Emenda nº 387, que, de resto, já foi modificada e ainda está longe de ser a versão mantida ou sancionada.

3. A orientação do STF em sede de questionamento judicial do processo legislativo

Em precedente fixado no MS 21.642/DF, o Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello esclareceu que o controle de constitucionalidade pode ser exercido em caso de projeto ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda sua

apresentação ou a deliberação, mas "essa legitimidade ativa é privativa dos Membros do Congresso Nacional".

Embora a doutrina e a jurisprudência admitam tal controle de constitucionalidade do processo legislativo, é limitada a legitimidade aos parlamentares.

Mesmo assim, a orientação não é tranquila. Confira-se:

"Não admito Mandado de Segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra (...)" - (RTJ 99/1040)

Do precedente (mencionado no MS 21.642/DF) se destaca que o poder de agir, em sede jurisdicional, é dos membros do Congresso Nacional. A eles se reconhece o líquido e certo de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica.

Já o cidadão não pode investir-se na posição de parte interessada no controle jurisdicional do processo de criação do direito positivo, não dispondo do direito subjetivo de supervisionar o processo de formação dos atos legislativos ou constitucionais. A ausência dessa prerrogativa desqualifica-o, enquanto pessoa estranha aos corpos legislativos (RTJ 139/783), para a postulação de tutela jurisdicional que objetive resguardar, no procedimento de elaboração das normas, a observância estrita dos princípios constitucionais.

Desse modo, é ao congressista (MS 23.334/RJ) e não ao cidadão comum — que pertence o direito subjetivo de não ver submetida à apreciação parlamentar proposta de emenda supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional.

No MS 21.642/DF, o Ministro Celso de Mello reconheceu que é privativa dos membros do Congresso Nacional a legitimidade ativa para o controle de constitucionalidade de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição, taxativamente, veda sua apresentação ou a deliberação.

O Chefe do Poder Executivo só participa do processo legislativo no momento da sanção ou veto.

Vale, pois, cogitar de outra possibilidade, aventada na imprensa, de mandado de segurança preventivo, contra o Exmo. Sr. Presidente da República, de modo a impedir-lhe de sancionar projeto de lei que venha a ser sancionado nesse sentido — e que possa se converter numa lei inconstitucional.

Nesse passo, a orientação do STF sobre o questionamento judicial do processo legislativo vem descrita na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 1-7- RJ, valendo destacar da decisão:

"(...) Não poderá, nesse caso, o Poder Judiciário substituir ao Poder Legislativo, antecipando juízo formal sobre os motivos do veto, acerca de sua procedência ou erronia, ou reconhecer, desde logo, ato abusivo por parte do Executivo, em apondo veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pelo Legislativo, ainda quando se cuide de invocação, pelo primeiro, do fundamento de inconstitucionalidade, se haveria de ter ainda como configurando tipo de controle preventivo de constitucionalidade, - eis que o projeto de lei, na pode vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere, de resto, ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado".

Do voto do Exmo. Sr. Min. MAURICIO CORREA vale destacar:

"Estou em que, pela própria natureza da independência desses dois Poderes, caso o Supremo Tribunal Federal se imiscuisse nessa atividade restrita a eles, estaria extrapolando inclusive a sua prerrogativa da prestação jurisdicional, porque estaria mesmo obstaculizando o íter do processo legislativo no seu cumprimento total e definitivo".

Bastante restritas, pois, as possibilidades de questionamento judicial do processo legislativo.

4. A ausência de lesão imediata ao Estado

A Emenda nº 387, caso venha a ser aprovada no processo legislativo, sem dúvida, causará inúmeros prejuízos à economia e aos projetos sociais do Estado do Rio de Janeiro.

Todavia, com o processo legislativo em curso, e com a notícia de que o Exmo. Sr. Presidente da República pretende vetar tal emenda, não há qualquer prejuízo que justifique o ajuizamento de medida para obstaculizar o processo

legislativo, mormente diante do reconhecimento de que apenas aos parlamentares é dada a legitimidade para tanto.

Assim, num processo administrativo de julgamento de contas do Exmo. Sr. Governador do Estado, não há como se imputar à Procuradoria Geral do Estado uma omissão lesiva ao erário ou mesmo uma inércia quanto ao exercício de competência de que não dispõe — já que representa judicialmente o, Estado, não tendo legitimidade ativa própria — sendo certo que prestou apoio a parlamentar da base estadual para o exercício de sua legitimidade para questionar o processo legislativo.

Frise-se, o mero processo legislativo não traz qualquer impacto aos cofres públicos.

III

Por todo o exposto e em face da urgência no oferecimento de uma imediata orientação em relação à Recomendação do TCE, cumpre opinar no sentido de que:

- a decisão estratégica de ajuizar ou não ação para defesa dos interesses do Estado é privativa do Procurador do Estado, nos termos do art. 132, CF;
- a orientação a ser dada ao Estado é matéria que se insere no âmbito da independência técnica do Advogado, reforçada quando a própria Constituição definiu seu exercício privativo por profissional selecionado em concurso público de provas e de títulos;
- os profissionais descritos no art. 132 são organizados em carreira, estruturada em órgão dotado de autonomia administrativa e financeira;
- a orientação estratégica da PGE/RJ, na defesa dos interesses do Estado ou da competência do Exmo. Sr. Governador do Estado, foi aguardar a definição do processo legislativo, para questionar texto de lei em vigor, pois neste momento se configurará a lesão aos cofres públicos — sem prejuízo do apoio já conferido à base estadual para exercício de sua competência;
- a ausência de qualquer decisão judicial favorável à obstaculização do processo legislativo reforça o acerto da estratégia processual de se aguardar a definição do processo legislativo e dos termos finais da lei para se analisar se confirma eventual lesão e sua extensão;
- a decisão de determinar o ajuizamento de ação em nome do Estado do Rio de Janeiro deve partir do Exmo. Sr. Governador do Estado; o Tribunal de Contas e a Assembleia Legislativa dispõem de Procuradorias próprias para o desempenho de medidas relacionadas ao exercício das competências e prerrogativas de tais órgãos e Poderes;

- no caso de medida judicial para obstaculizar o andamento de processo legislativo, o STF só confere legitimidade ao parlamentar, diante do seu direito líquido e certo ao devido processo legislativo; neste caso, a medida adequada seria o mandado de segurança, impetrado por parlamentar - não há, pois, providência a ser adotada no âmbito do Poder Executivo estadual;
- no mais, o STF entende que não lhe cabe, num sistema de Separação de Poderes, desenvolver um controle preventivo de constitucionalidade, para impedir o veto presidencial;
- não cabendo mandado de segurança, porque ainda não há direito líquido e certo do Estado que tenha sido lesado, nem lei ou ato normativo a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, também não há fundamento para ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo em vista que ainda não se configurou qualquer lesão ao princípio federativo ou ao erário estadual; nesse passo, ressalte-se que a Emenda do Senado contempla um dever de a União compensar as entidades que sofram prejuízo com a repartição igualitária dos recursos entre produtores e não produtores de petróleo;
- não há que se falar em omissão deste órgão central do Sistema Jurídico diante da adoção de medidas de apoio à base parlamentar estadual no Congresso;
- a Ação Direta só cabe contra lei ou ato normativo, o que não é o caso do projeto de lei, ainda passível de modificação ou de veto; a medida admite providência cautelar; nem mesmo o veto pode ser objeto de controle judicial preventivo;
- antes de a lei entrar em vigor, não há lesão aos cofres públicos que possa ensejar qualquer repreensão ou crítica à orientação técnica da Procuradoria Geral do Estado, não havendo medida judicial, neste estágio do processo legislativo, ainda em curso, que possa ser ajuizada pelo Estado ou pelo Exmo. Sr. Governador do Estado.

Eram essas as considerações que poderiam ser, de imediato, apresentadas, em face do caráter urgente da consulta, devendo se dar ciência à Casa Civil. É o parecer, s.m.j.

Em 11 de junho de 2010

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

FEDERALISMO, ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA: INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES NA DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES DO PETRÓLEO

Ementa: 1. A interpretação adequada do art. 20, § 1º da Constituição, chancelada pelo STF, é no sentido de que a participação no resultado ou compensação financeira relacionadas à exploração do petróleo constituem receita originária e direito subjetivo constitucional dos Estados e Municípios que sofrem os impactos ambientais e socioeconômicos de tal atividade econômica. 2. A distribuição dos royalties por todos os Estados e Municípios, indistintamente, viola o princípio da isonomia (i) por tratar de maneira igualitária situações desiguais e (ii) por romper a sistemática de compensação entre royalties e ICMS, adotada pelo constituinte. 3. A supressão do direito a royalties relativos a áreas já licitadas e a contratos em vigor viola o princípio da segurança jurídica. 4. A retirada dos royalties dos Estados produtores configura quebra da lealdade federativa e violação à autonomia dos Estados. No caso do Estado do Rio de Janeiro, envolve exercício abusivo de poder por parte da União, já que parcela substantiva dos royalties é vinculada ao pagamento de dívida com o governo federal.

SUMÁRIO

- I. A CONSULTA
- II. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 20, §1º DA CONSTITUIÇÃO
 - 1. Histórico legislativo do pagamento de royalties do petróleo
 - 2. Interpretação adequada do dispositivo constitucional
- III. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA
- IV. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
- V. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO
- VI. CONCLUSÕES

I. A CONSULTA

1. Trata-se de consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro, por sua Procuradora-Geral, Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares, acerca da constitucionalidade de proposta de modificação da legislação relativa ao pagamento de royalties e participações especiais decorrentes da produção de petróleo. As inovações em questão resultariam de emendas parlamentares apresentadas, na

Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a projeto de lei enviado pelo Poder Executivo, que não cuidava desse tema específico.

2. Referidas como "Emenda Ibsen", na Câmara dos Deputados, e como "Emenda Simon", no Senado Federal, tais alterações retiram dos Estados e dos Municípios os direitos de que até então desfrutavam em razão da produção de petróleo na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva, por sua condição de confrontantes com as áreas de exploração⁴. De acordo com o novo tratamento proposto, as participações ou compensações previstas no art. 20, § 10 da Constituição Federal não mais caberão aos Estados e Municípios diretamente afetados pela atividade de extração petrolífera, passando a ser distribuídas, indistintamente, a todos os Estados e Municípios da Federação, por meio de fundos de participações⁵.

3. As emendas descritas acima foram apresentadas no contexto da criação de um novo marco regulatório para a exploração de petróleo na camada do subsolo conhecida como pré-sal⁶. Sobre o tema, quatro projetos de lei foram remetidos ao Congresso Nacional pelo Chefe do Poder Executivo:

- (i) o PL n° 5.938/2009, 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 (...)";

⁴ A Emenda Ibsen introduziu, originariamente, na Câmara dos Deputados, a parte substantiva da modificação aqui analisada. A Emenda Simon manteve a referida modificação, prevendo, ademais, que a União deveria compensar os Estados e Municípios produtores pela redução das suas receitas decorrente da mudança do regime, até que o aumento da produção viesse a recompor as receitas perdidas. Nesses termos, portanto, a suposta compensação seria apenas temporária, congelando a receita dos royalties devida aos Estados e Municípios produtores em um determinado patamar e impedindo que se beneficiem dos eventuais (e previsíveis) aumentos na produção. Ainda que não fosse assim, a verdade é que previsões análogas, como a da chamada Lei Kandir, jamais produziram compensação adequada aos Estados.

⁵ Como se verá mais adiante, a Emenda Simon criou uma exceção a isso, em benefício exclusivamente dos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, atualmente contemplados pelo art. 49, II, d, da Lei n° 9.478/97. Essa circunstância pontual, no entanto, não gera qualquer repercussão sobre o presente estudo, cujo foco é o tratamento conferido aos Estados membros. Quanto a estes, tanto a Emenda Ibsen quanto a Emenda Simon pretendem suprimir a distinção entre os entes afetados e não afetados pelas atividades de produção e distribuição do petróleo.

⁶ Segundo a Petrobras, "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 2.000m. O termo pré é utilizado porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. 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" (Petrobras / pré-sal. Perguntas e respostas. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/presial/perguntas-respostas/>>. Acesso em: 24.inalo.2010).

(ii) o PL n° 5.939/2009, que "autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. — PETRO-SAL";

(iii) o PL n° 5.940/2009, que cria o Fundo Social — ES com a finalidade de congregiar recursos decorrentes da exploração do petróleo e constituir fonte regular de recursos para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental; e

(iv) o PL n° 5.941/2009, que pretende capitalizar a Petrobras para a nova empreitada, autorizando a União a ceder-lhe "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".

4. Apensado a esses projetos, tramitava o PL n° 2.502/2007, que instituiu os contratos de partilha para a exploração de petróleo, ao lado dos contratos de concessão, conferindo à ANP o poder de determinar os blocos que seriam objeto de cada uma dessas modalidades. Apesar de formalmente vinculada a essa última proposição, a Emenda Ibsen foi apresentada em Plenário e incorporada à redação final do PL n° 5.938/2009 que, uma vez aprovada, foi autuada como PL n° 5.938-A/2009 e seguiu para o Senado Federal, onde passou a tramitar como o PLC n° 16/2010. Quando do exame de outro projeto — o PLC n° 7/2010, relacionado ao Fundo Social — o Senador Pedro Simon apresentou emenda que reproduz, em essência, a Emenda Ibsen. A nova emenda acabou integrada ao projeto aprovado por aquela Casa, como uma das "disposições finais e transitórias" do PLC n° 7/2010. É ao exame da matéria de fundo, comum aos dois projetos, que se dedica o presente estudo.

5. Em síntese, as propostas legislativas mencionadas pretendem alterar a fórmula de distribuição das participações devidas aos Estados-membros e Municípios em razão da exploração marítima de petróleo. Nos termos da Emenda Ibsen, seria suprimido o pagamento de royalties e participações especiais aos Estados e Municípios produtores e confrontantes, não apenas em relação aos contratos futuros, mas também em relação àqueles já firmados sob a vigência da Lei n° 9.478/97. Esses valores seriam, então, redirecionados a dois fundos e repartidos entre todos os Estados e Municípios da Federação, segundo os critérios de distribuição do Fundo de Participação dos Estados — FPE e do Fundo de Participação dos Municípios — FPM. Essa ideia foi mantida pela Emenda Simon, que ressalvou apenas o caso dos Municípios "afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP", conforme previsto no art. 49, II, d, da Lei n° 9.478/97. Para melhor compreensão da proposta, confira-se a dicção dos dispositivos pertinentes, respectivamente, no PLC n° 16/2010 (Emenda Ibsen) e no PLC n°7/2010 (Emenda Simon):

Emenda Ibsen

"Art. 45. Ressalvada a participação da União, a parcela restante dos royalties e participações especiais oriundos dos contratos de partilha de produção e de concessão de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

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

- 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'.

Emenda Simon

"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 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:

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)".

6. A relevância do tema dificilmente poderia ser subestimada. De acordo com dados divulgados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entre janeiro e dezembro de 2009, somente a União recebeu cerca de 6,5 bilhões de reais a título de royalties e de participações especiais. Por sua vez, aproximadamente 5,8 bilhões de reais foram repartidos entre os Estados produtores. Desse valor, cerca de 4,9 bilhões foram destinados ao Estado do Rio de Janeiro, maior produtor nacional. Caso aprovada em definitivo a proposta legislativa - que dispõe não apenas sobre os campos que venham a ser descobertos no pré-sal,

mas também sobre os já licitados -, estima-se que o Estado sofrerá uma perda anual de pelo menos 7 bilhões de reais⁷, além do previsível aumento do desemprego⁸. Diante dessa perspectiva, a preocupação com o assunto extrapolou os limites do debate parlamentar e alcançou a sociedade civil. A insatisfação popular culminou com a participação de 100 mil pessoas em uma passeata organizada pelo Governo do Estado e por Prefeitos de Municípios fluminenses.⁹

7. Todas essas circunstâncias demonstram o enorme impacto que a inovação, caso aprovada, produziria sobre os Estados produtores e, paralelamente, questionamentos diversos têm sido suscitados acerca da constitucionalidade dessa proposta. O presente estudo será conduzido segundo o roteiro inicialmente apresentado, mas já se pode adiantar que a conclusão apurada é no sentido da invalidade da proposta de alteração legislativa. Antes de se passar à demonstração do argumento, faz-se a breve nota terminológica que se segue.

8. Ao tratar dos direitos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à exploração do petróleo, a Constituição utiliza os termos "participação no resultado" ou "compensação financeira". Na legislação infraconstitucional em vigor, a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6.08.1997) utiliza a expressão participações governamentais, que inclui, além do bônus de assinatura e do pagamento pela ocupação da área - irrelevantes para os fins do presente estudo -, os royalties - que constituem a figura básica - e a participação especial, devida nos casos em que o lote licitado apresente grande volume de produção ou especial rentabilidade (art. 47). Na sistemática da Constituição e da legislação infraconstitucional - como se demonstrará ao longo do presente parecer -, ambas as receitas constituem uma forma de compensação aos órgãos federais, Estados e Municípios envolvidos na produção, em razão dos ônus e encargos dela decorrentes. Na sequência do presente estudo, por conta da referida natureza comum - e seguindo a linguagem corrente fora do ambiente técnico - o termo royalties será empregado em sentido genérico, englobando também as participações especiais, salvo onde a distinção tenha relevância.

⁷ V. Adriana Chiarini, Rio 'quebra se emenda Ibsen não for vetada, diz Cabral. Estadão.com.br 13 mar.2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional/rio-quebra-se-emenda-ibsen-nao-for-vetada-dizcabral,523758,0.htm>>. Acesso em: 31.mai.2010.

⁸ Essa preocupação foi exposta pelo Ministro do Trabalho e Emprego, Carlos Lupi. V. Diana Brito, Passeata por royalties do petróleo reúne 100 mil no Rio, diz PM; Xuxa discursa, Folha Offline 17.mar.2010. Disponível em: <<http://www1.folhamol.com.br/folhaidinheiro/ult91u708270.shtml>>. Acesso em: 25 maio.2010.

⁹ Diana Brito, Passeata por royalties do petróleo reúne 100 mil no Rio, diz PM; Xuxa discursa, FolhaOnline 17mar.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folhaidinheiro/ult9tu708270.shrinkiL> Acesso em: 25 mai. 2010,

II. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 20, § 1º DA CONSTITUIÇÃO

1. Histórico legislativo do pagamento de royalties do petróleo

9. A obrigação de distribuir participações ou compensações a Estados e Municípios em decorrência da exploração de petróleo e gás natural existe desde o começo da indústria petrolífera no Brasil. O art. 27 da Lei nº 2.004/53¹⁰, que criou a Petrobrás e dispôs sobre a Política Nacional do Petróleo, impunha à empresa estatal - detentora do monopólio então existente no setor - o dever de pagar indenização, correspondente a 5% sobre o valor do produto explorado, aos Estados, Territórios e Municípios onde ocorresse a lavra de petróleo e xisto betuminoso ou a extração de gás natural¹¹.

10. Já na década de 1980, com o início da exploração marítima do petróleo, a Lei nº 7.453/85 previu o pagamento de compensação também quando o óleo ou o gás natural fossem extraídos da plataforma continental. Nesse caso, o pagamento deveria ser feito não apenas aos Estados e Municípios confrontantes com os poços produtores, mas também aos Municípios integrantes da área geoeconômica dos Municípios confrontantes¹². Posteriormente, a Lei nº 7.525/86 veio explicitar os conceitos de Estados e Municípios confrontantes e de área geoeconômica¹³. Nos termos da lei, teriam direito a royalties não apenas os Municípios que possuísem instalações relacionadas à produção e ao seu escoamento - como oleodutos, gasodutos e estações de compressão e bombeio —, mas também os Municípios contíguos que suportassem as consequências sociais ou econômicas da produção e exploração de petróleo. Duas observações parecem relevantes aqui.

¹⁰ Lei nº 2.004/53, 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".

¹¹ Nos termos do art. 27, § 3º, da Lei nº 2.004/53, o pagamento era feito diretamente aos Estados e Territórios, que deveriam repassar 20% do valor aos Municípios produtores, proporcionalmente à produção de cada um. Posteriormente, a Lei nº 3.257/57 alterou o dispositivo para determinar que o pagamento fosse feito diretamente aos Municípios, sem intermediação.

¹² Lei nº 7.453/85, art. 1º: "O artigo 27 e seus parágrafos da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pela Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) § 4º. É também devida a indenização aos Estados, Territórios 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 Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geo-econômicas, 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios".

¹³ Na sequência do estudo, o termo produtores será empregado em sentido lato, para designar tanto os entes em cujo território se desenvolve a produção, quanto aqueles confrontantes às áreas de exploração marítima. Além de simplificar a exposição, essa opção segue a nomenclatura adotada, e.g., pela Lei nº 9.478/97, que fala em "Estados onde ocorrer a produção" — no caso da exploração em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres (art. 49, I) — e em "Estados produtores confrontantes" — quando a exploração se dá na plataforma continental (art. 49, II).

11. Em primeiro lugar, restava evidente da legislação que o pagamento de royalties aos Estados e Municípios produtores (nessa expressão já incluídos os confrontantes, como referido) não se dava por conta da propriedade do bem - que já era federal -, mas sim em razão dos ônus causados a alguns dos outros entes pela exploração do petróleo. Em segundo lugar, é interessante observar que a Lei nº 7.453/85 previa também - paralela e independentemente dos pagamentos devidos aos Estados e Municípios produtores - que 1% do valor dos produtos extraídos seria destinado a um "Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios". Os recursos recebidos por todos os entes federativos por conta desse fundo, como se vê, em nada se relacionam seja com os valores a serem pagos aos Estados e Municípios produtores - as duas previsões coexistem simultaneamente -, seja com a circunstância de serem ou não afetados pela produção e exploração do petróleo.

12. Em 1988, ganhou *status* constitucional o direito dos entes federativos, afetados pela exploração de petróleo, gás natural e outros recursos naturais pertencentes à União, sobre os benefícios financeiros dela advindos. Nessa linha, o art. 20, § 1º, da Constituição Federal assegura a esses Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos da lei, a participação no resultado da exploração ou a compensação financeira por essa exploração¹⁴. Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelo art. 70 da Lei nº 7.990/89, que novamente explicitou o dever de se pagar uma compensação financeira aos Estados e Municípios em cujo território se fizesse a lavra, bem como àqueles confrontantes às áreas de produção marítima¹⁵. A lei fixou a compensação devida no montante de 5% do valor da produção, instituindo determinados critérios para a sua repartição entre os entes estatais

¹⁴ Confira-se o teor do dispositivo constitucional: "§ 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e 20S 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".

¹⁵ O art. 7º da Lei nº 7.990/89 alterou, além do § 6º, o caput e o § 4º do art. 27 da Lei nº 2.004/53. Com a modificação, o texto ficou da seguinte forma: "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".

beneficiários. Veja-se, por fim, que a Constituição nada dispôs sobre a criação de um fundo específico nessa matéria, a ser distribuído entre todos os entes federativos indistintamente. Isso não significa, por natural, que o Legislador não pudesse tratar do tema e, de fato, a Lei nº 7.990/89 manteve o fundo criado pela legislação anterior e destinado a "todos os Estados, Territórios e Municípios", reduzindo o valor a ele destinado, no entanto, para 0,5%.

13. Os royalties devidos aos Estados e Municípios produtores foram contemplados também pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997), editada na esteira da abertura do mercado levada a efeito pela EC nº 9/95. Reproduzindo a previsão tradicional, tal diploma determina o pagamento mensal de royalties aos Estados produtores, fixados em montante equivalente a 10% (dez por cento) da produção de petróleo e gás natural. Esse percentual pode ser reduzido pela ANP — mediante previsão no edital de licitação do campo correspondente — até o mínimo de 5% (cinco por cento), tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes. Nos termos da Lei do Petróleo, a parcela básica de 5% continua a ser distribuída "segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990/89". A repartição da parcela que exceder a 5% segue critérios próprios, definidos no art. 49 da nova lei¹⁶.

14. Como se percebe, e a despeito de pequenas modificações, um elemento essencial permaneceu inalterado na regulamentação legislativa da matéria, desde o início da exploração do petróleo no Brasil: a existência de uma retribuição a ser paga em favor dos Estados e Municípios produtores a fim de compensar os ônus e riscos decorrentes da atividade de exploração, seja em terra, seja na plataforma continental (tanto assim que a Lei nº 2.004/53 chegava a falar em indenização). Retribuição de valor substantivo e que jamais se confundiu com a existência de um fundo geral cujos recursos seriam distribuídos por todos os entes indistintamente, sem qualquer

¹⁶ Lei nº 9.478/97, art. 49: "A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres: a) cinquenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção; b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção; c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP; d) 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 e dos biocombustíveis; 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 e dos biocombustíveis".

vinculação com os impactos sofridos por conta da exploração e da produção do petróleo. Esse é um dos aspectos relevantes na determinação do sentido e alcance do art. 20, § 1º da Constituição. A esse tema se dedica o tópico seguinte.

2. Interpretação adequada do dispositivo constitucional

15. A discussão quanto à validade da orientação adotada pelas Emendas Ibsen e Simon depende, em grande medida, da adequada leitura do art. 20, § 10, da Constituição. De forma mais concreta, trata-se de saber se o dispositivo cuida do direito dos Estados e Municípios afetados pelo processo de extração do petróleo de receberem royalties e participações especiais ou se o dispositivo constitucional estaria atendido uma vez que a União, por meio de lei, atribuisse a todos os Estados e Municípios, sem diferenciação, o direito a receber royalties e participações especiais. Confira-se o teor do dispositivo:

"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".

16. A ordem jurídica constitui um sistema, dotado de unidade e harmonia. A interpretação jurídica, por sua vez, é uma atividade racional e lógica. Para levá-la a efeito, a doutrina, nos países da tradição romano-germânica, de longa data, sistematizou quatro elementos clássicos de interpretação: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. De acordo com o conhecimento convencional, nenhum desses elementos é absoluto nem tampouco deve ser utilizado isoladamente. A interpretação adequada é fruto da combinação e do controle recíproco entre eles¹⁶. Deve-se levar em conta, portanto, o texto da norma (interpretação gramatical ou semântica), aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica), sua conexão com outras normas do sistema jurídico (interpretação sistemática) e sua finalidade (interpretação teleológica). Pois bem: na hipótese aqui examinada, todos os elementos de interpretação conduzem a uma mesma conclusão: o art. 20, § 1º da Constituição dirige-se aos Estados e Municípios em cujo território se dá a exploração de petróleo ou gás natural ou que sejam afetados por essa exploração. Confira-se, a seguir, a demonstração do raciocínio.

17. A interpretação gramatical consiste na atribuição de sentidos possíveis e razoáveis a um texto normativo. Ela constitui o ponto de partida e o limite das possibilidades interpretativas, que devem se situar dentro da moldura delineada pela norma. Pois bem: o § 10 do art. 20 fala em participação no resultado ou

compensação financeira pela exploração de recursos no respectivo território. Na verdade, o conceito chave é o de compensação, seja pelo uso do território do Estado ou do Município, seja pelos danos ou ônus decorrentes da atividade. Pois bem: o que haveria para compensar em relação a uma região não envolvida nem afetada no processo de exploração? Caso todos os Estados e Municípios tivessem o mesmo direito, o local da atividade seria irrelevante e o emprego da palavra compensação não teria pertinência¹⁷. Vale dizer: o art. 20, § 1º não teria sentido nem razão de existir. Regra ancestral da interpretação jurídica é a de que a norma não traz em si termos inúteis.

18. Note-se que a ideia de participação/compensação está subjacente, também, à repartição dos royalties no âmbito da Administração direta da União. De fato, tanto a lei atual como o projeto de lei enviado pelo Executivo destinam recursos aos órgãos que são diretamente afetados pela exploração: Comando da Marinha, Ministério da Ciência e Tecnologia e Fundo de proteção ambiental"¹⁸. Tal previsão não é afetada pelas modificações propostas pelas Emendas Ibsen e Simon. É bem de ver que se a União é proprietária dos recursos minerais, só há sentido em tal vinculação específica em razão da natureza compensatória dos royalties, que se destinam aos entes estatais e aos órgãos onerados pela atividade econômica em questão. De fato, se é assim em relação ao próprio governo federal, não haveria razoabilidade em se aplicar lógica diversa aos Estados e Municípios.

19. Em suma: a interpretação gramatical ou semântica restringe os direitos previstos no art. 20, § 1º aos Estados e Municípios cujos territórios são afetados pela exploração de petróleo ou gás natural. Trata-se de verdadeiro direito subjetivo

¹⁷ Compensar significa, de acordo o Novo Aurélio Século XXI, 1999, p. 513, "reparar o dano, o incômodo", "reparar (um mal) com um bem correspondente, indenizar, ressarcir, recompensar". De acordo com o Dicionário I Louiss da Língua Portuguesa, 2001, p. 775, 'contrabalançar uni [-nal, um prejuízo, um incômodo".

¹⁸ PL n° 5.938-A/2009 (PLC n° 16/2010), art. 44: "Os royalties serão distribuídos da seguinte forma: - quando a lavra ocorrer na plataforma continental: a) 19%/0 (dezenove por cento) para a União para serem destinados ao Comando da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção; e 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 gerações; b) 3% (três por cento) para constituição de Fundo Especial, a ser criado por lei, para o desenvolvimento de ações e programas para a mitigação e adaptação às mudanças climáticas, bem como para proteção ao ambiente marinho". Essas disposições são muito semelhantes às previstas pelo art. 49 da Lei n° 9.478/97: "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: (...) c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção; (...) f) 25%/0 (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. (Redação dada pela Lei n° 11.921, de 2009)".

constitucional ao recebimento de tais receitas¹⁹. A lei destinada a regulamentar o dispositivo constitucional não pode ignorar esse sentido mínimo do texto, sob pena de nulidade. Assim, a lei federal é necessária para detalhar a repartição dos recursos, mas deve obedecer à premissa estabelecida pela própria Constituição²⁰.

20. Já a interpretação histórica leva em conta a conjuntura em que produzida a norma, os trabalhos legislativos e a intenção do constituinte ou legislador. Quando o constituinte de 1988 decidiu trazer para a Constituição a matriz da disciplina dos royalties, eles já eram tratados pela legislação ordinária desde 1953, quando promulgada a lei de criação da Petrobras. E, como se assinalou em tópico anterior, desde sempre os royalties se destinaram a compensar os Estados produtores e confrontantes, no caso de exploração marítima. Ao constitucionalizar a matéria, da forma como fez, o constituinte claramente manifestou a intenção de manter o regime jurídico até então existente. Do contrário, teria feito menção expressa de que as participações e compensações passariam a ser devidas a todos os Estados e Municípios, diferentemente do que vigorava até então. Como não procedeu assim, resulta clara a sua intenção de chancelar o modelo que sempre fora praticado e que, aliás, continuou a ser praticado nos mais de 20 anos de vigência da Constituição de 1988²¹.

21. Passa-se, agora, à interpretação sistemática, pela qual a norma jurídica deve ser interpretada dentro do contexto normativo como um todo. Não se interpretam normas isoladamente, sem fazer as conexões com o ordenamento jurídico, em cujo ápice está a Constituição²². A Constituição tem uma unidade interna e, além disso, é responsável pela unidade geral do sistema. No ponto aqui relevante, deve-se assinalar que o art. 2.º, § 1º deve ser lido em conjunto com outras normas que afetam o ciclo econômico da produção do petróleo. Merece destaque,

¹⁹ Vale o registro de que, nos termos da jurisprudência do STF, a hipótese é de receitas patrimoniais, e não receitas de natureza tributária. Nesse sentido, v. STF, DJ 16.nov.2001, RE 228800/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: "O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. (...) A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar a natureza patrimonial da receita a auferir" (trechos da ementa e do voto do Relator).

²⁰ É o que se passa, por exemplo, com a lei complementar que define as atividades tributáveis pelo ISS e que não pode tratar como serviço algo que não o seja. V. STF, DJU 5 mar.2010, RE 547245/SC, rel. Min. Eros Grau: "A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição".

²¹ V., nesse sentido, Luís Roberto Barroso, interpretação e aplicação da Constituição, 2009, p. 135. Se o constituinte desejasse tratar determinado tema de forma diversa da que se cristalizou, deveria fazê-lo expressamente. A omissão, no particular, deve ser interpretada como concordância com a prática anterior.

²² Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito, 2002, p. 34: "Não se interpreta o direito em tiras, nos pedaços". A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele -- do texto- até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum.

para os fins visados nesse estudo, a disciplina do imposto sobre circulação de mercadorias, especialmente o art. 155, § 2º, X, b, também da Constituição²³. É possível afirmar que a regra geral, em relação a esse tributo, é o seu pagamento na origem, isto é, no Estado onde se dá a saída da mercadoria do estabelecimento comercial²⁴. Todavia, o dispositivo acima destacado cria, em relação ao petróleo — e, também, à energia elétrica —, uma exceção: o ICMS, nesse caso, é pago no Estado de destino do produto. Como já apontou o STF, essa disciplina foi criada para beneficiar o "Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo"²⁵.

22. Tal sistemática, em relação ao petróleo, se deveu ao fato de que os Estados produtores, em lugar da tributação do ICMS, receberiam royalties e participações especiais, nos termos do art. 20, § 1º. Uma coisa, então, compensaria a outra. Também esse aspecto já foi abordado pelo STF. Confira-se, a propósito, o trecho abaixo transcrito, extraído do voto do Ministro Nelson Jobim, que, baseado em sua atuação como deputado constituinte, explicitou a conexão necessária — e deliberada — entre os dois dispositivos:

"Daí por que 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 art. 20 (..)" (negrito acrescentado).²⁶

²³ CF/88, art. 155, § 2º: "O imposto previsto no inciso II [ICMS] 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".

²⁴ LC nº87/6, art. 11: "O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: I - tratando-se de mercadoria ou bem: a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador; b) onde se encontre, quando em situação irregular -pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária; c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado; d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física; e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido; f) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela LC nº 114, de 16.12.2002) g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização; h) o do Estado de onde o ouro tenha sido extraído, quando não considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial; i) o de desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos".

²⁵ v STF, Bi 5.set.2000, RE 198083/SP, Rel. Min. limar Galvão.

²⁶ STF, DJ 19.dez.2003, MS 24312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie (trecho do voto do Min Nelson Jobim).

23. É possível cogitar que o constituinte derivado pudesse - se se entendesse que isso não viola o princípio federativo, cláusula pétrea constitucional - modificar tal arranjo, alterando o equilíbrio estabelecido no texto original. Mas o legislador ordinário, por certo, não pode desfazer o sistema concebido pelo constituinte para a matéria. Em suma: o art. 20, § 10, da Constituição Federal garante o direito de participação ou de compensação aos Estados e Municípios produtores. Isso não quer dizer que os demais Estados-membros e Municípios não possam receber qualquer parcela, mas apenas que a decisão por distribuir seria uma opção política da União, que pode repartir como quiser o seu próprio quinhão. O que ela não pode fazer é ceder o que não lhe pertence, atribuindo a outros Estados e Municípios aquilo que cabe apenas aos produtores.

24. Por fim, cumpre abordar a interpretação teleológica, que leva em conta, sobretudo, os fins visados pela norma, o valor ou bem jurídico tutelado pelo ordenamento. Veja-se bem: o propósito subjacente ao art. 20, § 1º, como todo modelo de pagamento de royalties, está associado a compensar Estados e Municípios pelos impactos ambientais e socioeconômicos causados ou potencializados pela atividade petrolífera. Tal fim constitucional resulta frustrado pelo rateio linear do produto dos royalties, sem considerar os riscos e encargos dos Estados confrontantes da exploração marítima do petróleo.

25. Aqui se destaca, por exemplo, o aumento da demanda por serviços públicos e atividades governamentais, como distribuição de água, energia elétrica e gás natural, segurança pública, transportes, habitação, urbanismo, defesa civil, proteção ao meio ambiente, dentre outros. Da mesma forma, são evidentes os elevados impactos e riscos ambientais impostos aos Estados confrontantes às áreas de produção - sua existência e gravidade foram tristemente demonstradas por recente acidente de grandes proporções, ocorrido no Golfo do México. Para que se tenha uma dimensão do problema: estima-se que um vazamento similar afetaria a costa do Rio de Janeiro em apenas dois dias, gerando prejuízos materiais e imateriais incalculáveis²⁷. Também esse aspecto finalístico já foi objeto de consideração expressa do STF, como se noticia a seguir:

A compensação se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera.

Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente ambientais (...), sociais e

²⁷ V. Ramona Ordoñez, Renato Grandelle e Rennan Setti, Vazamento no Golfo expõe riscos do petróleo no Rio. Analistas estimam que acidente similar afetaria piasias fluminenses em 2 dias, O Globo 16. Maio 2010, p. 31.

econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos.

Além disso, a concessão da lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes.

Pois bem. **Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo**" (negrito acrescentado).²⁸

"Naquele precedente [MS 243121DF] também foi expressamente consignado nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (inicialmente, inclusive invocando o decidido pela 1ª Turma no RE 228.800) e Nelson Jobim (posteriormente), cujos fundamentos foram incorporados pela relatora e pela integralidade do Plenário, que a causa à compensação não é a propriedade do bem, pertencente exclusivamente à União, mas sim a sua exploração e o dano por ela causado" (negrito acrescentado).²⁹

26. Nessa mesma linha, confirmam-se as manifestações dos professores José Afonso da Silva e Ricardo Lobo Torres, respectivamente:

"[Não se dão a participação 'e' compensação conjuntamente; a compensação só cabe se não for possível a participação; a participação no resultado da exploração mineral tem já por si sentido compensador; **é prevista exatamente porque a exploração no território traz ônus, encargos, exigências de serviços por parte da entidade beneficiada;** (...) o direito nasce (é causado) pela exploração dos minerais, indicados no dispositivo, no território da entidade (...); mas o texto em comentário estende o direito à exploração também na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva" (negrito acrescentado)³⁰

²⁸ STF, dj 16.NOB.2001. re 228800/DF, Rel. Min. Sepúlveda Petence (trecho do voto do Relator). Nesse mesmo precedente, vale transcrever trecho do parecer do Ministério Público Federal, assinado por João Batista de Almeida Subprocurador- Geral da República: " Da mesma forma, a compensação financeira instituída pela atual Constituição Federal, na verdade, como alternativa à participação nos resultados, se faz em virtude de uma atividade especialmente danosa à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que estes fazem jus a uma recomposição, expressa em valor monetário, dos prejuízos porventura suportados. Essa é, portanto, a natureza da compensação, como querido pelo constituinte. Neste ponto, não há como tergiversar" (negritos no original)

²⁹ STF, DJ 9.jun.2006, AL 453025 Agr/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes (trecho do voto do Relator)

³⁰ José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, 2005, p.259-9

"Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc., matéria ainda não regulamentada. Ou podem receber compensações financeiras, que têm a natureza de preços públicos pela utilização de recursos naturais situados em seus territórios, justificando-se como **contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se veem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte**, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior produtor de petróleo do Brasil" (negrito acrescentado).³¹

27. Dessa forma, se a participação/compensação é devida em razão dos ônus suportados pelos Estados-membros em decorrência de uma atividade econômica de interesse da União, parece claro que tal participação só será devida aos entes que, de fato, sofram essas consequências. Note-se bem, na linha da clara posição do STF, que o direito a royalties não decorre quer da propriedade do recurso - que sempre é da União - quer da titularidade direta da área de produção, mas da circunstância de o Estado e o Município estarem na esfera de impacto ambiental e socioeconômico da atividade, por se tratar de seu território ou por serem confrontantes da área de exploração.

28. Em resumo deste tópico: por qualquer elemento de interpretação que se queira prestigiar, as participações e compensações referidas no art. 20, § 1º da Constituição dirigem-se aos Estados e Municípios produtores e diretamente afetados pela exploração do petróleo, tanto em terra como no mar. Esse regime jurídico, que vem desde o início da exploração do petróleo no país, foi abrigado no texto constitucional. Tais receitas pertencem, de direito, aos Estados e Municípios envolvidos, e substituem as que lhes caberiam a título de ICMS, dentro da sistemática adotada pela Constituição. O principal propósito do art. 20, § 10 é compensar os Estados e Municípios pelos impactos ambientais e socioeconômicos decorrentes de uma atividade de interesse nacional, proporcionando-lhes condições de prevenir riscos e de atender ao aumento da demanda por serviços públicos.

³¹ Ricardo Lobo Torres, Curso de direito financeiro e tributário, 2005, p. 191. No mesmo sentido, v. também Romeu Thorné, A função socioambiental da CFEM (compensação financeira por exploração de recursos minerais), Revista de Direito Ambiental 55:183, 2009: "Com respaldo nos princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção e da reparação, resta claro que o objetivo do repasse de percentuais consideráveis da CFEM aos Estados e Municípios não é simplesmente particip -los economicamente (visão estritamente econômica, superada no atual estado Sócio-ambiental de Direito), mas, sobretudo, compensá-los pelos impactos ambientais e sociais advindos da explora o mineral em seus territórios".

III. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

29. O princípio da isonomia ou da igualdade, subjacente às ideias de república, democracia e Estado de direito, permeia todo o texto constitucional brasileiro em diferentes dispositivos, a Constituição veda discriminações, distinções e preferências indevidas, seja entre pessoas ou entre entidades estatais (e.g., arts. 30, IV, 5º, caput e 19, III). Na formulação clássica do princípio, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade. O que a isonomia veda, portanto, são as desequiparações que não tenham um fundamento racional e razoável e que não se destinem a promover um fim constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio. O princípio da isonomia forma uma imperativa parceria com o princípio da razoabilidade. A razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação levada a cabo por qualquer agente público é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo³². Em suma: o princípio pode ser violado pela desequiparação de iguais ou pela equiparação de desiguais.

30. No caso específico, o regime jurídico que decorre do art. 20, § 1º e da legislação até aqui em vigor confere um tratamento diferenciado aos Estados e Municípios em cujos territórios haja exploração de petróleo ou gás natural, ou àqueles que sejam confrontantes com as áreas de exploração marítima. Tais entes estatais fazem jus a uma participação no resultado da atividade ou a uma compensação financeira. São dois os fundamentos para que seja assim. O primeiro é intuitivo: o titular de um território, analogamente a qualquer proprietário, tem direitos decorrentes da utilização de bem situado em seu domínio. O segundo fundamento também pode ser apontado de forma singela: são os impactos de ordens diversas que a exploração produz sobre as comunidades envolvidas. A finalidade do tratamento diferenciado — isto é, do pagamento de compensação — é permitir que os Estados e Municípios afetados façam frente aos riscos, desafios e ônus com os quais passam a conviver. Portanto, o fundamento é razoável e o fim é legítimo.

31. Diante disso, a supressão arbitrária desse regime jurídico específico viola não apenas o art. 20, §1º, como já demonstrado, mas também o princípio da isonomia. E isso porque a nova legislação estaria impondo um tratamento igual a partes claramente desiguais, retirando dos Estados e dos Municípios afetados recursos que lhes permitam enfrentar os encargos superiores que passam a ter. Tal situação é drasticamente agravada pela maneira como a Constituição disciplinou a tributação estadual sobre petróleo. Como assinalado, o ICMS, nessa hipótese,

³² Sobre o tema, vejam-se, dentre muitos outros; San Tiago Dantas, Igualdade perante a lei e due process of law. In: Problemas de direito público, 1953; M. Seabra Fagundes, O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, Revista dos Tribunais 285:3, 1955; Celso Antônio Bandeira de Mello, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 1993; Luís Roberto Barroso, A igualdade perante a lei. In: Tornas atuais do direito brasileiro, 1987; e Interpretação e aplicação da Constituição, 1999, p. 230 e ss..

diferentemente do que se passa com praticamente todas as suas incidências, não é pago na origem — isto é, no Estado de produção mas no destino. Esse tratamento não-igualitário faz algum sentido em razão de a Constituição haver compensado parte substancial dessa perda pela atribuição da receita dos royalties aos Estados produtores. Se o legislador ordinário puder subverter o equilíbrio estabelecido pelo constituinte, cria-se odiosa discriminação em relação a tais Estados — que, embora sofrendo os impactos específicos da exploração e da produção do petróleo, não receberiam qualquer espécie de contrapartida por esse ônus e riem o TCMS correspondente -, em grave afronta, dentre outros, ao princípio da isonomia³³.

32. Alguém poderia afirmar que o critério socioeconômico de repartição dos royalties do petróleo, proposto pelas Emendas Ibsen e Simon, realiza o fim constitucional de "reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 30, III). Há diversos problemas com esse argumento. Em primeiro lugar, por importar na utilização de um critério de participação antagônico ao que foi determinado pela norma constitucional que trata especificamente do caso, contida no art. 20, §1º. Em segundo lugar, a utilização de critérios socioeconômicos não é adequada em todo e qualquer contexto. Em muitas situações, ele não será justo ou legítimo. Por exemplo: o provimento de cargos públicos mediante concurso atende um critério de mérito. O Presidente da República, por sua vez, é escolhido por um critério eleitoral. Em nenhuma das hipóteses seria razoável valer-se do critério da necessidade do postulante. Uma analogia mais próxima reforça o ponto: o art. 176, §2º da Constituição assegura ao proprietário do solo onde se dá a lavra de recursos minerais participação no resultado. Tampouco aqui seria razoável que a lei dividisse tal participação entre todos os proprietários de terra do país ou, quiçá, entre todos os brasileiros. Repita-se um ponto já destacado: nada impede que a lei federal distribua entre todos os entes federativos parte dos recursos que cabem à União por conta da produção de petróleo, com base em critérios socioeconômicos. Só não pode fazê-lo mediante subtração do quinhão dos Estados e Municípios produtores, cuja situação específica é tratada pelo art. 20, §1º da Constituição.

33. Há mais, porém. Nos termos das referidas emendas parlamentares, os royalties e participações especiais deveriam ser divididos entre Estados e Distrito Federal "de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados — FPE" (PLC nº 16/2010, art. 45, I). Os recursos que compõem o FPE correspondem a uma parcela da arrecadação federal e devem ser distribuídos, nos termos de lei complementar, de forma a "promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados" (CF/88, art. 161, II). Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, que estabeleceu percentuais a

³³ O Estado do Rio de Janeiro fornece o exemplo mais expressivo para se perceber a exata dimensão do mecanismo compensatório desenvolvido pelo constituinte. Segundo dados de sua Secretária de Fazenda, o Estado deixa de arrecadar cerca de 8 bilhões de reais anualmente por conta da imunidade de ICMS prevista no art. 155, §2º, X, b, valor consideravelmente superior à receita advinda dos royalties. V. Estado do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado da Fazenda, Subsecretária de Estudos Econômicos, O novo marco regulatório do petróleo no Brasil - Uma análise das implicações fiscais do PL 1705.938/09 e seu Substitutivo, p. 26.

legislação jamais foi editada, mantiveram-se aplicáveis até hoje os coeficientes previstos em 1989³⁴. Passados mais de dez anos, esses percentuais já se tomaram defasados e não se sustentam mais diante da realidade de fato³⁵. Com esse divórcio entre os percentuais legais e a situação real dos Estados, a LC n° 62/89 tomou-se incapaz de promover -o equilíbrio socioeconômico entre Estados", podendo até contribuir para o aumento de desigualdades. Exatamente por isso, o STF, declarou inconstitucional, no ponto, a mencionada lei complementar³⁶. Dessa forma, adotar o mesmo modelo inadequado para distribuir os royalties do petróleo - como pretendem as emendas -, longe de reduzir, pode ampliar as desigualdades sociais entre as regiões do País.

34. Em resumo: ao disciplinar a distribuição de royalties e a tributação do petróleo, o constituinte concebeu um sistema equilibrado, apto a preservar os interesses de Estados produtores e não-produtores. Com base nele, atribuiu

³⁴ LC 62189, art. 2º: "Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE serão distribuídos da seguinte forma: I - 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; II - 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste. § 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo Único, que é parte integrante desta Lei Complementar..§ 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990. § 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar".

³⁵ Além de provisórios, os critérios da LC n° 62189 eram eminentemente políticos, tendo sido decididos mediante acordo, no âmbito do CONFAZ, entre os entes federativos, levando em conta a média histórica dos coeficientes aplicados antes da Constituição de 1988. Nesse sentido, v. STF, DJ 30.abr.2010, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁶ V. STF, DJ 30.abr.2010, ADI 875/DF, Rei, Min. Gilmar Mendes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n° 87510E, ADI n° 1.987/DF, ADI n° 2.727/DF e ADI n° 3.24;3/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - EPF (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n° 8271939. 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" (negrito acrescentado). Confirma-se trecho especialmente elucidativo do voto do Min. Gilmar Mendes, relator: "Viola o bom sendo imaginar que lei editada em 1989 — apenas com base em médias históricas apuradas à época — ainda possa retratar a realidade socioeconômica dos entes estaduais. A manutenção de coeficientes de distribuição que não mais encontram amparo na realidade socioeconômica dos entes federativos produz severas distorções no modelo inicialmente delineado pela Constituição de 1988, com repercussões gravosas à economia dos Estados, consoante atestam os economistas Sérgio Prado, Waldemir Quadros e Carlos Eduardo Cavalcanti: 'O aspecto que mais se destaca, contudo, já apontado, é o enorme aumento das desigualdades horizontais, isto é, entre Estados da mesma região, como resultado da distribuição do FPE. (...) Os atuais critérios de rateio, além de serem fixos, isto é, além de não incorporarem nenhum componente dinâmico, foram estabelecidos a partir de ajustes feitos no percentual que, pelos critérios anteriores; caberia a cada Estado. (...) Aqui, o problema da má distribuição do FPE não se restringe ao fato de alguns Estados pobres receberem, em termos per capita, muito deis do que os Estados ricos; estados igualmente pobres também recebem transferências desiguais (...)" (negrito no original).

34. Em resumo: ao disciplinar a distribuição de royalties e a tributação do petróleo, o constituinte concebeu um sistema equilibrado, apto a preservar os interesses de Estados produtores e não-produtores. Com base nele, atribuiu compensações financeiras aos Estados diretamente afetados pela exploração petrolífera. Não pode o legislador ordinário substituir a fórmula constitucional por um outro critério, de caráter socioeconômico. Isso viola não apenas a letra expressa do art. 20, § 1º, como também o princípio da isonomia, ao tratar igualmente a desiguais e ao romper o equilíbrio traçado constitucionalmente. Por fim, ao utilizar os coeficientes de rateio do FPE, as Emendas Ibsen e Simon violam uma vez mais a Constituição, pelo uso de critério defasado e impróprio, igualmente violador da igualdade entre os Estados.

IV. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

35. A segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da Justiça e do bem-estar social. Ela constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social, propiciando a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a garantia do cumprimento das normas. Do princípio da segurança jurídica decorrem direitos fundamentais para os indivíduos, deveres de atuação e de abstenção para o Poder Público e inúmeras regras específicas, materializadas na própria Constituição (direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada) ou na legislação infraconstitucional (decadência, prescrição). Tais regras se aplicam às relações entre particulares, entre particulares e a Administração ou às relações que as próprias entidades estatais estabelecem entre si. A ideia de segurança jurídica envolve três dimensões, três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo.

36. Do ponto de vista institucional, segurança jurídica se refere à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de direito, impondo a supremacia da Constituição e das leis, e sujeitando-se a elas. Do ponto de vista objetivo, ela se refere (i) à anterioridade das normas jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, (ii) à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e (iii) à não-retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. Por fim, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança, que -impõe à Administração o dever de agir com coerência, lealdade e boa-fé objetiva. Uma das facetas mais importantes da proteção da confiança é a tutela das expectativas legítimas. Ainda quando não se possa caracterizar cabalmente a existência de 11M direito adquirido, deve-se assegurar a preservação de situações vigentes há muito tempo ou, no mínimo, uma transição razoável.

37. Cumpre agora enquadrar a proposta de mudança legislativa que vem sendo analisada no presente parecer nas premissas doutrinárias estabelecidas acima. A proposta, é bem de ver, pretende alterar o pagamento dos royalties em caráter

geral, afetando tanto as receitas decorrentes dos novos contratos quanto aquelas resultantes de negócios jurídicos celebrados no passado, em plena fase de execução. No que diz respeito ao pré-sal e às áreas ainda não licitadas, ainda que o argumento da segurança jurídica, do ponto de vista temporal, não seja aplicável, já que se cuida de relações jurídicas futuras, têm pertinência os fundamentos deduzidos nos capítulos anteriores. Isto é: a proposta de alteração legislativa pretendida não é compatível com a interpretação adequada do art. 20, §1º ou com o princípio da isonomia e, portanto, não se pode deixar de reconhecer que o direito aos royalties não pode ser subtraído dos Estados produtores e confrontantes. No tocante à segurança jurídica, nos seus desdobramentos de lealdade e boa-fé, também seria questionável a mudança das regras após a descoberta das reservas. Mas não é esse o ponto que se pretende enfatizar na presente análise.

38. O que se afigura totalmente fora de propósito, à luz do princípio da segurança jurídica, é que a nova disciplina venha a colher os direitos que o Estado do Rio de Janeiro já desfruta em relação aos contratos de concessão em curso. A supressão do direito a royalties e participações especiais acarretaria grave frustração de expectativa legítima em relação a receitas que auferia há muitos anos. Sua interrupção súbita, sem que se tenha sequer cogitado de uma transição razoável, traz consequências dramáticas. Do ponto de vista econômico, o resultado seria a impossibilidade de cumprir obrigações assumidas, tanto de custeio como de investimentos. A insolvência seria inevitável. Do ponto de vista jurídico, as consequências serão tão ou mais graves, envolvendo a impossibilidade de cumprimento das normas constitucionais orçamentárias (art. 165, §§ 1º, 2º, 4º e 5º), de normas de direito financeiro (Lei nº 4.320/64)³⁷, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000)³⁸ e da Lei nº 9.496/97, que

³⁷ V. Lei nº 4.320/64, arts. 22 e 30: "Art. 22. A proposta orçamentária que o Poder Executivo encaminhará ao Poder Legislativo nos prazos estabelecidos nas Constituições e nas Leis Orgânicas dos Municípios, compor-se-á: I - Mensagem, que conterá: exposição circunstanciada da situação econômico-financeira, documentada com demonstração da dívida fundada e fluante, saldos de créditos especiais, restos a pagar e outros compromissos financeiros exigíveis; exposição e justificação da política econômica-financeira do Governo; justificação da receita e despesa, particularmente no tocante ao Orçamento de capital; II - Projeto de Lei de Orçamento; III - Tabelas explicativas, das quais, além das estimativas de receita e despesa, constarão, em colunas distintas e para fins de comparação: a) A receita arrecadada nos três últimos exercícios anteriores àquele em que se elaborou a proposta; b) A receita prevista para o exercício em que se elabora a proposta; c) A receita prevista para o exercício a que se refere a proposta; d) A despesa realizada no exercício imediatamente anterior; e) A despesa fixada para o exercício em que se elabora a proposta; e f) A despesa prevista para o exercício a que se refere a proposta. IV - Especificação dos programas especiais de trabalho custeados por dotações globais, em termos de metas visadas, decompostas em estimativa do custo das obras a realizar e dos serviços a prestar, acompanhadas de justificação econômica, financeira, social e administrativa. Parágrafo único. Constará da proposta orçamentária, para cada unidade administrativa, descrição sucinta de suas principais finalidades, com indicação da respectiva legislação. (...) Art. 30. A estimativa da receita terá por base as demonstrações a que se refere o artigo anterior à arrecadação dos três últimos exercícios, pelo menos bem como as circunstâncias de ordem conjuntural e outras, que possam afetar a produtividade de cada fonte de receita".

³⁸ Lei de Responsabilidade Fiscal, arts. 1º, 4º, 50, 11, 12, e 14 a 16: Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo

dispõe sobre o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados³⁹

no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. § 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (...) Art. 4º. A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: I - disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; (...) § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes. § 2º O Anexo conterá, ainda: (...) II - demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional; (...) V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado. § 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem. (...) Art. 5º. O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: I - conterá; em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1º do art. 4º; - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado. (...) Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. (...) Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerando os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas. (...) Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (...) Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17. Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhada de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; (...) § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, dê forma que somadas todas as -despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. § 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas".

³⁹ Lei nº 9.496/97, art. 2º: "O Programa de Reestruturação e de Ajuste Fiscal, além dos objetivos específicos para cada unidade da Federação, conterá, obrigatoriamente, metas ou compromissos quanto a: I - dívida financeira em relação à receita líquida real - HEE; II - resultado primário, entendido como a diferença entre, as receitas e despesas não financeiras; III despesas com funcionalismo público, IV - arrecadação de receitas próprias; V - privatização, permissão ou concessão de serviços públicos, reforma administrativa e patrimonial".

39. Nos últimos tempos, com o amadurecimento institucional do país, o equilíbrio orçamentário, a seriedade na previsão das receitas e a transparência na execução das despesas passaram a constituir componente importante da segurança jurídica, que é a segurança fiscal. Nesse contexto, se o princípio da segurança jurídica não for apto a estancar as desastrosas, imprevisíveis e inevitáveis consequências narradas acima, difícil imaginar a que fim serviria. Existe, por fim, ainda no plano da segurança jurídica, um último argumento, relacionado ao ato jurídico perfeito. Trata-se de um contrato específico entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal, que impede a mudança das regras do jogo em relação aos pagamentos de royalties. Todavia, por sua implicação para o pacto federativo, o ponto será desenvolvido no tópico seguinte.

VI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO

40. A proposta contida nas Emendas Ibsen e Simon repercute também, e de forma intensa, sobre o princípio federativo. Tal princípio pressupõe a atuação coordenada dos entes políticos, que, afinal, constituem partes integrantes da República Federativa do Brasil e não estranhos entre si, muito menos inimigos. Por conta dessa circunstância, eventuais atos de deslealdade de um ente para com outro não caracterizam apenas uma violação à segurança jurídica, mas sim um verdadeiro conflito federativo⁴⁰. No caso em tela, a conduta desleal da União seria caracterizada por pelo menos dois fundamentos inequívocos.

41. Em primeiro lugar, já foi demonstrado que os *royalties* representam uma forma de compensação devida aos Estados produtores. Tanto pelos ônus e riscos especiais associados à exploração do petróleo no território desses entes ou no mar a eles adjacente, como pela severa perda na arrecadação do ICMS, decorrente da regra especial contida no art. 155, § 2º, X, b, da Constituição. Em razão dessas duas circunstâncias, suprimir a compensação que sempre lhes foi reconhecida provocaria prejuízo direto aos Estados produtores, instituindo uma discriminação inaceitável no âmbito da Federação. Na prática, os depósitos de petróleo se converteriam em uma lástima para os respectivos Estados, produzindo aumento da despesa com infraestrutura e serviços, bem como privando esses entes de uma das principais hipóteses de arrecadação do ICMS, de longe o mais importante dos impostos

⁴⁰ Sobre o chamado dever de lealdade federativa, confira-se a seguinte manifestação do Tribunal Constitucional alemão, plenamente compatível com a realidade institucional brasileira: "No Estado federal alemão, toda a relação constitucional entre o Estado como um todo e seus membros, bem como a relação constitucional entre seus membros [entre si], é regida pelo princípio constitucional não escrito do dever recíproco da União e dos Estados-membros, de comportamento leal ao princípio federativo (...). O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu, a partir disso, uma série de deveres jurídicos concretos. (...) Esse limite jurídico baseado na ideia de fidelidade federativa torna-se ainda mais forte quando do exercício de competências legislativas: 'Se os efeitos de uma regulamentação jurídica não estão limitados à área de um Estado-membro, o legislador estadual deve, então, levar em consideração os interesses da União e dos demais Estados-membros expressamente normatizados na Constituição federal, quanto [também] limites concretos no exercício de competências atribuídas à União e aos Estados-membros pela Grundgesetz" (1. nundfunkentscheidung — 1ª Decisão da Radiodifusão — EVerGE 12, 205. In: Jürgen Schwabe, Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, 2005, p. 823-4. **Negrito acrescentado**).

estaduais. Admitir que a União possa produzir tais resultados, por deliberada escolha política, equivale a cancelar uma verdadeira agressão do ente central, esvaziando o pacto federativo.

42. Em segundo lugar, a medida comprometeria gravemente a autonomia financeira dos Estados produtores⁴¹, que ficaria subordinada a uma decisão política da União. Como é natural, tais Estados organizam suas finanças levando em conta a receita dos royalties. Para tanto, basearam-se no entendimento que sempre prevaleceu no Direito brasileiro, confirmado pela interpretação, até aqui pacífica, dada ao art. 20, §1º, da Constituição de 1988. Não se pode admitir que o sentido desse dispositivo — essencial à autonomia material dos Estados produtores — fique ao inteiro arbítrio da União Federal, que poderia se valer de sua competência legislativa para manipular receitas originárias dos Estados segundo critérios de conveniência política. Isso seria incompatível com a premissa mais básica do Estado federal, pela qual os contornos da autonomia de cada ente devem ser definidos diretamente pela Constituição Federal, e não pela unidade política mais abrangente⁴².

43. De fora parte os dois pontos apresentados acima, há uma circunstância peculiar envolvendo o Estado do Rio de Janeiro que agrava, na hipótese, tanto a violação à segurança jurídica, quanto a ofensa ao princípio federativo. Com efeito, na esteira do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, regulamentado pela Lei nº 9.496/97, a União e o Estado pactuaram o refinanciamento da dívida deste junto àquela, cabendo ao Estado a obrigação de pagar à União Federal mais de dois bilhões de reais. Ocorre que, nos termos do ajuste, a amortização dessa dívida deve ser realizada com a cessão dos créditos referentes a royalties e participações especiais devidos ao Estado do Rio de Janeiro pela exploração de petróleo⁴³. Em caso de inadimplência, o Estado cederia, pro

⁴¹ André Elali, o federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão, Revista Tributária e de Finanças Públicas 69:17, 2006: "A autonomia das entidades que constituem a Federação vai resultar exatamente do grau de 'independência' ou de 'dependência' em relação ao Governo central das entidades que a formam". V. tb. STF, DJ 5.set.2008, RE 572762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: "(...) para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira".

⁴² Luís Roberto Barroso, Direito constitucional brasileiro: o problema da federação, 1982, pp. 22 e 27: "(...) só se pode conceber o Estado federal dentro de um regime de Constituição escuta, que além de ser a Lei de organização de poderes é, também, de limitação desses mesmos poderes, o que realiza por meio da repartição de competências federais e estaduais, as quais não podem ser transpostas, nem pelos Estados-membros, nem pela União".

⁴³ V. Cláusula Sétima: "A amortização referida no caput será realizada mediante cessão dos direitos de crédito a que faz jus o ESTADO, relativamente à participação governamental obrigatória na modalidade de royalties e participação especial, de que trata o art. 8º da Lei nº 7.990, de 1989, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.913-8, de 26 de outubro de 1999, na forma do que dispõe o Contrato de Cessão de Créditos celebrado nesta data entre as Partes, e que integra o presente Contrato".

solvendo, recursos que receberia a título de impostos e de transferências obrigatórias constitucionais⁴⁴, além de se submeter a outras penalidades contratuais⁴⁵

44. Veja-se, então: o Estado ajustou com a União Federal uma obrigação de pagamento atrelada ao recebimento de royalties. Se os royalties não forem pagos ao Estado, ele se tomará inadimplente junto à União. A União, por sua vez, diante da inadimplência, poderá interromper as transferências constitucionais de rendas para o Estado do Rio de Janeiro (arts. 157 e 159, I e II), bem como se apropriar da arrecadação de tributos estaduais (art. 155), tudo nos termos da Cláusula Décima-Terceira do contrato de refinanciamento da dívida, transcrita em nota de pé de página acima. Diante desse contexto, como se poderia admitir que uma lei da própria União suprimisse a receita que, nos termos do contrato firmado por ela com o Estado, está vinculada ao pagamento da dívida assumida?

45. Reitere-se, para que não haja margem a dúvida: em relação ao Estado do Rio de Janeiro, existe um contrato - ato jurídico perfeito - vinculando os royalties ao pagamento da dívida com a União. É fora de dúvida que não pode a União, valendo-se de sua competência legislativa, tornar impossível o cumprimento da obrigação, pela supressão da receita estadual que lhe faria face. Tratar-se-ia de tríplex violação: da ordem jurídica civil, e da legislação administrativa, pelo exercício de potestatividade pura⁴⁶; da segurança jurídica, por afetar um ato jurídico perfeito; e do princípio federativo, pelo indevido exercício do poder legislativo federal.

⁴⁴ V. Cláusula Décima-Terceira: "O ESTADO, devidamente autorizado pela Lei Estadual nº 2.674, de 1997, transfere à UNIÃO, mediante cessão, condicionada à ocorrência de inadimplemento das obrigações ora pactuadas, a título pro solvendo, os recursos provenientes das receitas de que tratam os artigos 155, 157 e 159, incisos I, alínea "a", 011, da Constituição, até os montantes devidos e não pagos, inclusive encargos, e, neste ato, confere poderes, em caráter irrevogável e irretirável, à UNIÃO, por si ou por intermédio do AGENTE, para (...)".

⁴⁵ V. Cláusulas Décima-Sexta, Décima-Sétima e Décima-Nona: "CLÁUSULA DÉCIMA-SEXTA — O descumprimento pelo ESTADO de qualquer das obrigações assumidas neste Contrato, ou nos contratos que lhe são integrantes, incluindo atraso de pagamento e a não observância das metas e compromissos constantes do Programa de Reestruturação e de Ajuste Fiscal, a que se refere a Cláusula Décima-Terceira, implicará, durante todo o período em que persistir o descumprimento, a substituição dos encargos financeiros mencionados na Cláusula Sexta por encargos equivalentes ao custo médio de captação da dívida mobiliária interna do Governo Federal, acrescido de juros moratórias de 1º/0 a.a (um por cento ao ano), acrescida de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da dívida objeto do processo judicial. PARÁGRAFO ÚNICO Considerar-se-á 'recurso a meios judiciais' a citação válida do ESTADO". V. tb. a Cláusula Vigésima-Sexta, incluída por Termo Aditivo datado de 31.out.2001.

⁴⁶ Como se sabe, a ordem jurídica veda que as condições contratuais possam ser alteradas livremente por uma das partes, ainda que isso decorra de previsão expressa (Código Civil, art. 122). Em se tratando de contratos administrativos, a mesma lógica dá origem à exigência de que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste (Lei nº 8.666/93, art. 65, § 6º). Na jurisprudência, registrando o princípio geral de que as condições contratuais não podem ficar ao arbítrio de uma das partes, v. STJ, DJ 15 abr. 2002, REsp. 291.631/SP, Rel. Min. Castro Filho: "(...) o conteúdo puramente potestativo do contrato impôs a uma das partes condição, apenas e tão-somente, de mero espectador, em permanente expectativa, enquanto dava ao outro parceiro irrestritos poderes para decidir como bem lhe aprouvesse. Disposições como essa agridem o bom senso e, por isso, não encontram guarida em nosso direito

46. Por todo o exposto, resta claro que a proposta legislativa analisada incorre em diversas causas de nulidade. Ao ignorar a natureza compensatória dos royalties do petróleo, as chamadas Emendas Ibsen e Simon desrespeitam o sentido mínimo do art. 20, §1º da Constituição, criam uma discriminação ilegítima em prejuízo dos Estados produtores e violam a segurança jurídica, afetando fontes de receita que já haviam sido comprometidas pelos entes locais. Por se tratar de iniciativa legislativa da União, haveria, ainda, violação ao princípio federativo.

VI. CONCLUSÕES

47. É possível compendiar as conclusões apuradas ao longo do presente estudo nas proposições objetivas abaixo:

A. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 20, §1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

a) A interpretação adequada do art. 20, § 1º, da Constituição Federal é no sentido de que as participações ou compensações financeiras nele previstas, em razão da exploração de petróleo e gás natural, devem ser pagas: a) aos Estados e Municípios em cujo território se dá a exploração; e b) aos Estados e Municípios confrontantes, no caso de exploração marítima. Trata-se de um direito subjetivo constitucional assegurado a esses entes, e não um favor concedido a critério da União.

b) Tal conclusão decorre dos quatro principais elementos de interpretação jurídica:

(i) interpretação literal - o dispositivo associa o pagamento de royalties ao local da exploração e utiliza o termo compensação financeira, que somente pode se referir a quem suporta o ônus da atividade, e não a todos os Estados indistintamente;

(ii) interpretação histórica — o constituinte de 1988, ao constitucionalizar a questão dos royalties, teve a clara intenção de manter a sistemática instituída por sucessivas leis, desde 1953, que os destinava aos Estados em cujo território se dava a exploração ou, no caso de exploração marítima, aos Estados confrontantes;

(iii) interpretação sistemática — o art. 20, §1º deve ser interpretado em conjunto com o art. 155, § 2º, X, b, também da Constituição, segundo qual o ICMS incidente sobre a aquisição de petróleo é devido ao Estado de destino e não ao de origem, como se passa com quase todos os bens. Os royalties compensam a perda da receita tributária dos Estados produtores; e

positivo. Entre elas está a chamada cláusula potestativa. É a estipulação sem valor, porque submete a realização do ato ao inteiro arbítrio de uma das partes'.

(iv) interpretação teleológica — os royalties destinam-se a compensar Estados e Municípios produtores pelos impactos e riscos, ambientais e socioeconômicos, decorrentes da atividade econômica de interesse da União. Aí se inclui, notadamente, o aumento pela demanda de serviços públicos, como abastecimento de água, saneamento básico, educação, saúde, transporte e segurança pública, dentre muitos outros.

c) Uma lei ordinária, ao regulamentar dispositivo constitucional, não pode subverter seu sentido e alcance, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

B. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU IGUALDADE

a) É incompatível com o princípio da igualdade dar tratamento idêntico aos Estados e Municípios que sofrem os impactos da exploração petrolífera e aos que não sofrem, pela subtração arbitrária de recursos dos entes mais onerados.

b) A mudança pretendida viola a igualdade e o equilíbrio federativo estabelecido pela Constituição ainda por outra razão. Na sistemática constitucional, o pagamento de royalties e participações especiais aos Estados produtores funciona como urna compensação pela não-aplicação, ao petróleo, da regra geral de que o recolhimento do ICMS se dá no Estado de origem, e não no de destino da mercadoria. Se os Estados produtores, que têm de suportar os Ônus do impacto da exploração petrolífera, ficarem sem o ICMS e sem os royalties, estarão sofrendo discriminação incompatível com a Constituição. O legislador ordinário não pode desfígur o desenho institucional traçado pelo constituinte.

c) A distribuição de royalties e participações especiais com base em critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados - FPE vale-se de parâmetro que foi declarado inconstitucional pelo STF, por encontrar-se defasado e violar a igualdade entre os Estados. Significa dizer: tal disciplina do tema, além de utilizar critério diverso do que foi determinado pela Constituição, serve-se de parâmetro redistributivo inválido.

C. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Se a legislação nova dispuser não apenas sobre os royalties relacionados aos contratos futuros, mas também acerca das receitas devidas em decorrência dos contratos que já estão em vigor, o princípio da segurança jurídica estará sendo violado por duas razões:

a) O Estado do Rio de Janeiro restará impedido de cumprir obrigações assumidas e de realizar políticas públicas com as quais se comprometeu, fundado em expectativa legítima de receita.

b) Além dos riscos de inadimplência e de insolvência, o Estado não terá condições de cumprir normas orçamentárias, financeiras e de responsabilidade fiscal, em razão da frustração arbitrária dos ingressos patrimoniais resultantes dos royalties, sujeitando-se a consequências jurídicas graves do ponto de vista constitucional e legal.

D. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

a) Viola a lealdade que se devem mutuamente os entes federativos a supressão de receita que compromete a autonomia financeira de Estados da Federação, pela mudança arbitrária das regras do jogo. A competência legislativa que o art. 21, § 1º dá à União para regular as participações e compensações financeiras decorrentes da exploração do petróleo não a autoriza a deturpar o sentido e o alcance da norma constitucional regulamentada, substituindo o critério nela previsto o do impacto sobre os Estados produtores - por um critério redistributivista.

b) A União e o Estado do Rio de Janeiro celebraram contrato para o refinanciamento da dívida estadual, no qual se prevê que a amortização seja feita com os recursos dos royalties do petróleo, em vinculação expressa. Nesse contexto, não pode a União se valer de sua atividade legislativa para inviabilizar o cumprimento das obrigações contratuais da outra parte, sujeitando-a, ademais, a graves consequências contratuais e legais. Haveria, na hipótese, abuso de poder, potestatividade pura (possibilidade de mudança unilateral do ajuste) e violação do ato jurídico perfeito, condutas não admitidas pela ordem jurídica.

É como me parece.
Rio de Janeiro, 16 de junho de 2010.

LUÍS ROBERTO BARROSO
Procurador do Estado

Aprovo o Parecer n° 2112010 MJVS, da lavra do Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto, que analisou recomendação do Tribunal de Contas do Estado (f ls. 04) para que sejam ultimados esforços "no sentido de propor, diante da possibilidade, previamente avaliada, de perdas econômicas, medidas judiciais cabíveis, de forma a salvaguardar os direitos constitucionalmente assegurados do Estado do Rio de Janeiro na participação no produto da exploração do petróleo, do qual é produtor absoluto."

Dentre as diversas conclusões aprovadas deve-se destacar: (i) a que reafirma caber constitucionalmente à Procuradoria Geral do Estado, e não a qualquer outro órgão, decidir sobre a melhor estratégia processual a ser adotada pelo Estado e a que (ii) constata que, com o projeto de lei em curso, ainda não se configurou qualquer lesão aos cofres públicos, não havendo precedentes do STF que confirmem legitimidade para um controle preventivo de constitucionalidade do processo legislativo por iniciativa do Estado do Rio de Janeiro.

Na verdade, as conclusões podem ser sintetizadas na seguinte forma: (i) não há qualquer medida judicial a ser tomada, neste momento, por parte do Estado do Rio de Janeiro, em relação ao referido projeto de lei e (ii) não se inserem dentre as elevadas atribuições do ICE efetuar escolhas que a Constituição (art. 132) atribuiu a esta P.G.E.

De todo modo, em respeito e atenção à Corte de Contas do Estado, informamos que, no exercício da autonomia da PGE e da independência técnica do advogado público, a orientação estratégica é a de aguardar a conclus^o do processo legislativo, preparando-se desde já para a eventual necessidade de uma futura ação direta. Para tanto, conforme anteriormente informado à sociedade (vide por exemplo nossa entrevista à jornalista Flávia Oliveira, publicada em O Globo de 26.03.10 em anexo), solicitamos que o Procurador do Estado (e um dos mais renomados constitucionalistas brasileiros) LUIS ROBERTO BARROSO, analisasse o referido projeto de lei, o que resultou no parecer cuja cópia segue em anexo, apontando as diversas inconstitucionalidades do mesmo.

À Casa civil, para ciência, remetendo-se cópia dos pareceres e do visto à Presidência do TCE.

Rio de Janeiro, 13 de julho 2010.

LUCIA LEA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado