

Pareceres

CONSULTA

1. Ao sancionar a Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010, o Presidente da República vetou o artigo 64 do projeto aprovado, que tem a seguinte redação:

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

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

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

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

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

§ 3º Os royalties correspondem à participação no resultado da exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos

fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, vedada a sua inclusão no cálculo do custo em óleo, bem como qualquer outra forma de restituição ou compensação aos contratados, ressalvado o disposto no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

2. O Presidente da República, ao vetar o art. 64 do Projeto, adotou as seguintes razões:

“Da forma como redigido, o artigo não estabelece a fórmula ou a alíquota para obtenção do montante total dos recursos provenientes dos royalties. Igualmente, não é fixado o percentual desses valores que corresponderá à participação da União nem, conseqüentemente, o percentual que será destinado aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais dados são imprescindíveis ao cálculo da parte a ser dividida entre a União e os demais entes, na forma do caput e dos incisos, e de eventual compensação, prevista no § 2º. *A proposta também não deixa claro se as regras para divisão dos recursos se restringem aos contratos futuros ou se são aplicáveis aos já em vigor.* Também se observa que não foi adotado critério para a compensação de receitas aos Estados e Municípios pela União. Em ambos os casos, a consequência poderia ser *uma alta litigiosidade entre os diversos atores.*” (grifamos)

3. A rejeição do veto, se ocorrer, provocará brutal impacto no Estado do Rio de Janeiro. As receitas de royalties e participações especiais estão hoje vinculadas, primeiramente, ao pagamento do contrato de negociação da dívida do Estado com a União (celebrado em 1999), na forma estabelecida no referido contrato. Além disso, 5% das referidas receitas são destinadas ao FECAM (Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano) visando a implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente bem como de desenvolvimento urbano (art. 263 “caput” da Carta Estadual). Por fim, todo o restante das referidas compensações foram transferidas para a capitalização do Rioprevidência – Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro. O desaparecimento dessa fonte de recursos, que alcançou, em 2010, o montante de R\$6.406.951.314,79 (seis bilhões, quatrocentos e seis milhões, novecentos e cinquenta e um mil e trezentos e quatorze reais e setenta e nove centavos) levará o Estado à situação de completa insolvência, em virtude dos fatos explicitados abaixo.

4. Em primeiro lugar, a União e o Estado do Rio de Janeiro (no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, regulamentado pela Lei nº 9.496/97), pactuaram o refinanciamento da dívida estadual perante a União.

5. 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 petróleo¹, importando esse pagamento (com os valores recebidos a título de royalties e participações especiais) em cerca de um bilhão e meio de reais por ano. Em caso de inadimplência, o Estado cederia, pro solvendo, recursos que receberia a título de impostos e de transferências obrigatórias constitucionais², além de se submeter a outras penalidades contratuais.³

6. Ou seja, o Estado obrigou-se a efetuar um pagamento atrelado ao recebimento de compensações financeiras derivadas da exploração do petróleo em seu território. Se essas compensações não forem pagas ao Estado, ele se tornará 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

¹ 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 modalidades 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”.

² 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”, o II, 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 (...)”.

³ 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 moratórios de 1% a.a (um por cento ao ano), e a elevação do limite de dispêndio fixado na Cláusula Quinta para 17% (dezessete por cento) da RLR do ESTADO, sem prejuízo do disposto na Cláusula seguinte. CLÁUSULA DÉCIMA-SÉTIMA – Na falta de cumprimento de qualquer das obrigações do ESTADO assumidas neste Contrato, ou pela ocorrência de qualquer dos casos de antecipação legal de vencimento, poderá a UNIÃO considerar vencido este Contrato e exigir o total da dívida dele resultante, independentemente de notificação extrajudicial ou interpelação judicial. (...) CLÁUSULA DÉCIMA-NONA – Na hipótese de a UNIÃO necessitar recorrer a meios judiciais para satisfação da dívida decorrente deste Contrato, está será 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.

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 abaixo.

7. A importância de entregar parte dos recursos derivados da exploração do petróleo para o FECAM é evidente de vez que a costa fluminense é extremamente exposta a danos ambientais, como aqueles que se materializaram em 18 de janeiro de 2000, quando a Baía de Guanabara foi tomada por mais de um milhão de litros de óleo bruto, que vazaram de um duto da Refinaria da Petrobras em Duque de Caxias.

8. Por outro lado, o funcionamento do sistema previdenciário estadual foi viabilizado graças à entrega do saldo dos valores relativos aos royalties e participações especiais ao Rioprevidência, com estrita obediência às exigências da responsabilidade fiscal, planejamento de longo prazo, e cálculos atuariais.

9. Não é demais lembrar que, por força do artigo 155, §2º, X “b” da Constituição da República, o ICMS – que é o mais importante imposto de competência dos Estados – não incide “sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica”. Assim, o Estado Rio de Janeiro, privado que está da receita de ICMS sobre petróleo, derrubado o veto ver-se-á privado também do recebimento das compensações financeiras incidente sobre a sua exploração. E o Estado do Rio de Janeiro produz, hoje, quase 85% (oitenta e cinco por cento) do petróleo extraído no país.

10. Por fim, o artigo 64 do projeto de lei supra referido, vetado pelo Presidente da República, se vier a prevalecer na hipótese da rejeição do veto, atingirá todos os campos de petróleo já licitados. As áreas concedidas são, evidentemente, objeto dos respectivos contratos de concessão, celebrados sob a vigência do marco regulatório decorrente das leis anteriores. E contratos celebrados sob aquele marco regulatório previam o pagamento de royalties e participações especiais a estados e municípios produtores e não aos demais.

Face ao exposto, indaga-se:

- a) É constitucional a lei ou ato regulamentar que, a pretexto de regular o disposto no art. 20 § 1º, da Constituição Federal, destine parte substancial da participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou compensação financeira por essa mesma exploração a estados e municípios que não são produtores de petróleo?
- b) Uma norma com o sentido expresso no item anterior – em especial aquela resultante da rejeição do veto ao art. 64 da

Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010 – além de violar o texto e o sentido do art. 20, § 1º, da Constituição Federal, também não estaria violando

- b.1 a segurança jurídica;
- b.2 a igualdade em sentido material;
- b.3 a exigência de responsabilidade fiscal;
- b.4 a proteção do meio ambiente e
- b.5 o pacto federativo?

c) Quanto ao pacto federativo (considerando inclusive a distinção quanto a cobrança do ICMS nas operações que envolvem petróleo e derivados, art. 155 § 2º X “b”) seria constitucional uma lei que alterasse a distribuição de receitas originárias (tal como os royalties já foram considerados pelo STF) de forma a prejudicar claramente determinados estados em detrimento da distribuição constante da Constituição de 1988?

d) É constitucional que uma lei da própria União suprima a receita que, nos termos do contrato firmado por ela com o Estado, está parcialmente destinada ao pagamento da prestação resultante deste mesmo contrato?

PARECER

O regime jurídico do petróleo e gás natural

1. Recursos minerais, o petróleo e o gás natural e seus derivados produzidos no País são bens da União (CF, art. 20, V, e Código Civil, art. 99, I)⁴, mas a pesquisa e a lavra de suas jazidas, a refinação, a importação e exportação, o transporte marítimo e por meio de condutos são monopólio da União (CF, art. 177, I a IV).

Na partilha dos bens do domínio público entre os membros da Federação, a Constituição assegurou aos órgãos da administração direta da União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como receita patrimonial originária,⁵ “participação no resultado da

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADIN 3362-2-DF, Relator p/ o acórdão, Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, em 16.03.05, Ementário nº 2266-2: “Petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Bens de propriedade exclusiva da União.”

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Mandado de Segurança 21312-1-DF, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, em 19.02.03, Ementário nº 2.137-2.

Territorialidade do direito dos Estados à participação

exploração de petróleo e gás natural" (...) "ou compensação financeira por essa exploração." (CF, art. 20, §1º), na área terrestre, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva.⁶ Não mais como prerrogativa ou direito federativo, mas quase sempre sob a égide do direito privado, a Constituição faculta à União conceder contratualmente a propriedade de parte do produto da exploração das suas jazidas e lavras a pessoas jurídicas públicas e privadas.⁷

O artigo 20, parágrafo 1º, da Constituição, localiza a exploração do petróleo e do gás natural "no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva". Não se cuida de mera justaposição de áreas, mas de projeção geográfica e geoeconômica da superfície do território estadual em qualquer sítio ou profundidade do solo e subsolo marinhos, e que com ele estejam em relação de contiguidade ou, nas palavras do artigo 20, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1.991, "como confrontantes com poços produtores, [os Estados e Municípios] contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços (art. 20, caput)".⁸

Estados participantes ou produtores

A confrontação é que qualifica Estados e Municípios como produtores, uma vez que, na sua área geoeconômica, se localizem três ou mais instalações industriais de processamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural e de apoio à produção e escoamento desses produtos – portos, aeroportos, oficinas de manutenção e fabricação, almoxarifados, armazéns e escritórios; oleodutos e gasodutos.

⁶ Constituição Federal, Art. 20. São bens da União: (...) § 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.

⁷ Constituição Federal, Art 176, caput; ADI 3.273 e ADI 3.366, rel. para o acórdão o Ministro Eros Grau, em 16.03.05, Plenário, DJ de 02.03.07. "A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuída ao concessionário pelo art. 176 da Constituição Federal é inerente ao modo de produção social capitalista. A concessão seria materialmente impossível sem que o proprietário se apropriasse do produto da exploração da jazida. O mesmo se dá quanto ao produto do exercício das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do §1º do artigo 177 da Constituição do Brasil. Essas contratações ---contratações, note-se bem, não concessões --- seriam materialmente impossíveis sem que os contratados da União se apropriassem, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas de petróleo, de gás natural".

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADIN 2.080-3-RJ-MC, Relator Min. Sydney Sanches, Ementário nº 2.062-1: "Competência dos Estados e Municípios sobre a área dos respectivos territórios, incluídas nestas as projeções aéreas e marítimas de sua área continental, especialmente as correspondentes partes da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva."

Os municípios contíguos a esses e os que sofrem as consequências sociais e econômicas da produção ou exploração do petróleo ou do gás natural constituem, na área geoeconômica, zona limítrofe à de produção (Decreto nº 1, cit, art. 20, § 2º).

Essas regras explicam a participação e a compensação financeira a que alude o parágrafo 1º, do artigo 20 da Constituição, concedida a Estados e Municípios que se vinculam ao processo produtivo como associados do empreendimento levado a cabo em áreas por eles jurisdicionadas e pela União. (Superfície terrestre, ou solo e subsolo marinhos).

Direitos constitucionais originários

2. Os bens públicos e o direito de deles usufruir integram-se no domínio originário de seus titulares e são partilhados pela Constituição, não pela União como pessoa jurídica; essas disposições são inalteráveis por força da cláusula pétrea do artigo 60, parágrafo 4º: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado". Concretiza-se, assim, a perpetuidade da união federativa - união perpétua e indissolúvel de Estados autônomos e iguais - que torna inalteráveis os poderes, prerrogativas, competências e direitos objetivos e subjetivos dos entes federados.

Estados e Municípios participantes da produção

3. Os Estados e Municípios produtores recebem a participação e compensação financeira pela produção de petróleo e gás natural em terra e no mar, em percentuais fixados na lei,⁹ e esses direitos se incorporam ao patrimônio dos contratantes. (Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1.989, artigo 8º, §1º, acrescentado pela Lei n.º10.195, de 14 de fevereiro de 2001).¹⁰ Os percentuais da participação na exploração e da compensação financeira calculam-se sobre o total da produção, medida em quantidade ou valor, e incidem nos recursos extraídos ou explorados situados acima ou abaixo da camada de sal. Assim é porque onde a lei não distingue, nós não podemos distinguir, preceitua velha regra de hermenêutica jurídica (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

4. A Constituição não partilha participação na produção nem compensação financeira a Estados e Municípios de cujos

⁹ Constituição Federal, 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. (Grifei)

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 24.312, Rel. Min. Ellen Gracie, cit. (nota 5): "a participação ou compensação aos Estados, Distrito federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos. Do voto do Ministro Gilmar Mendes, vitorioso: "Trata-se de receita originária que lhe é confiada diretamente pela Constituição".

Estados não
participantes da
produção

territórios o petróleo e o gás não são extraídos ou que não se delimitam geograficamente com as áreas exploradas, nem concorrem operacionalmente para a produção, porque, como já disse, esses direitos federativos são territoriais e decorrem de confrontação com as jazidas exploradas. A inexistência dessas vinculações topográficas, produtivas e operacionais exclui Estados e Municípios da participação no resultado da exploração e na compensação financeira.

5. A extração de óleo e gás natural no mar também não aproveita à pretensão de Estados e Municípios não produtores à participação e aos royalties já aludidos. As águas territoriais, a todos pertencem (*res communis omnium*) e, nelas, a União exerce domínio político (jurisdição) distinto e separado do direito de exploração do solo e do subsolo marinhos, que o direito interno e o internacional lhe atribuem.

Os usos do mar e a exploração de seus recursos naturais, do seu leito e subsolo são regulados, concorrentemente, pelo direito internacional e pelo direito interno; neste último, há disposições sobre o mar territorial e a plataforma continental e, no direito das gentes, normas sobre o alto mar, a zona econômica exclusiva e a contígua¹¹. A margem, terra firme, já no direito antigo era distinta do mar; o direito romano e o quase medieval das Ordenações do Reino de Portugal, Estado unitário, constituíam-na domínio do *populus* romano e de El-Rey, respectivamente¹². Mas o direito internacional declara o mar bem de uso comum dos Estados e de seus nacionais, ou, mais exatamente, da

Inexistência
de direito dos
Estados à
produção no
mar

¹¹ V. HIDELEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, Brasil, 1.946, tomo II, nº 888, pg. 95: “la frontera marítima de un Estado es la línea que separa al mar territorial de la alta mar, o sea, la llamada línea de respecto”.

¹² G. F. PUCHTA, *Corso delle Istituzione Presso il Popolo Romano*, vol. III, Milano, Stabilimento Civelli Giuseppe, pg. 365: “Per alcune cose vale il principio, Che sono bene comuni a tutti gli uomini: communia omnium, coticchè non è possibile un assoggettamento nè da parte dei singoli, nè da quella degli Stati. Così l’aria, l’acqua corrente como tale il maré, e com questo il lido Del maré, que si estende nella terra ferma fin dove giunge l’onda marina nella maggior gonflezza”. ARRIGO DERNBURG, *Pandette, Volume 1º*, parte 1ª, Torino, Fratelli Bocca, Editori, 1.906, pgs. 201-202: “Alcuni parti costitutivi del mondo corpóreo si sottrano segundo la loro naturale qualità ad ogni esclusivo domínio, e perciò anche al diritto di proprietá; esse sono um bene, comune a tutti: communio a omnium. Qui se appartiene l’aria atmosférica, l’acqua liberamente corrente, il maré. Anchje le reive del maré erano daí romani annoverate tra i beni comuni; ma Celso considerava come cosa pubblica dello Stato e tale è il diritto comune. La riva del maré giunge sino al livello massimo dell’alta marea. Il diritto all’uso comune è um diritto generalie della personalitá. ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL (D. Felipe I), Coimbra, Na imprensa da Universidade, 1.850, Livro II, título XXVI: “Direito real é [...] 8. E posto que o uso das estradas e ruas públicas e dos rios sejam igualmente comuns a toda gente e ainda a todos os animais, sempre que a propriedade delas fica no Patrimônio Real”. COELHO DA ROCHA, *Instituições do Direito Português*, Coimbra, 1.857, pg. 49-50: “Ainda que o ar, a água e o mar, considerados filosoficamente (ontologicamente), sejam inapreciáveis, contudo considerados em relação, ou como acessórios de outros bens, reputam-se objeto de direito”. (...) Os rios e os portos são propriedades da nação: assim como o mar contíguo As praias até onde alcançam as canhões das fortalezas de uma nação, é pelo Direito das Gentes, reputado propriedade d’esta com exclusão das outras”.

Mar:
Inapropriável
por quem quer
que seja

humanidade¹³. O direito interno do Brasil atribui ao mar a condição de bem público de uso comum do povo, distinguindo-o dos bens dominicais “que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”. (C.Civil, art 99, I e III) Essas disposições repetem as do artigo 66 do Código Civil de 1916 (incisos I e III). Explicando a regra do inciso I, do art. 66, CLÓVIS BEVILACQUA diz que “os primeiros [bens de uso comum do povo] são os que pertencem a todos (*res communis omnium*). O proprietário desses bens é a coletividade, o povo. A administração pública está confiada a sua guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos”¹⁴, ou seja, sobre eles o poder público exerce jurisdição, não, porém, os direitos de proprietário, pois CLÓVIS aponta, adiante, que “os mares territoriais, incluídos os golfos, baías, enseadas e portos (...) são bens comuns administrados pela União”¹⁵(Grifei). MILCIÁDES SA FREIRE, em

¹³ HUGO GROTIUS, *The freedom of the Seas*, New York, Oxford University Press, 1.916, capítulo 1: “I shall base my argument on the following most specific and unimpeachable axiom of the law of Nations, called a primary rule or first principle, the spirit of which is self-evident and immutable, to wit: Every nation is free to travel to every other nation, and to trade with it.” (pg.7)

¹⁴ CLÓVIS BEVILÁCQUA, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I Liv. Franciso Alves, 1.916, pg. 315.

¹⁵ CLÓVIS BEVILÁCQUA, op. cit., vol. I, pg. 316. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1.946*, 2ª edição, vol. II, 1.953, MAX LIMONAD, São Paulo, pgs. 180-181: “As *res communes omnium* continuaram a ser inapropriáveis; diminuiu o número delas. Pertenciam e pertencem hoje, de regra, a todos, à população, ao povo”. Sobre a definição e o conteúdo do domínio no direito político, V. EUSEBIO DE QUEIROZ LIMA, *Teoria do Estado*, 5ª edição, 1.947, A Casa do Livro Ltda., Rio de Janeiro, pg. 140: “A autoridade do Estado sobre o território não é *dominium*, é *imperium*, e *imperium* significa poder de mando, que só sobre o homem pode recair”. (...) A atividade do Estado sobre o território nada tem de comum com o direito privado de propriedade; é uma autoridade de natureza exclusivamente política, tal como a exercida sobre as pessoas; é um poder de jurisdição, é um poder de governo (pgs. 140-141). (...) “Nem todos os elementos de que o território se constitui estão sujeitos ao mesmo regime de direito: enquanto as partes propriamente territoriais e os lagos interiores, os rios inteiramente compreendidos dentro do território, etc, são direta e plenamente submetidos ao poder do Estado (*summum imperium*, publica potestas, jurisdictione), o domínio sobre os mares territoriais e sobre o espaço aéreo consiste apenas na autoridade, que ao Estado assiste, de tomar, dentro desses limites, as medidas que, de acordo com os princípios do direito internacional, se admitem como necessários à defesa da ordem pública, nos seus vários aspectos”. (...) “Os portos e ancoradouros estão integralmente sujeitos à jurisdição do Estado, com as reservas estabelecidas em garantia da navegação. As limitações impostas à jurisdição territorial dos Estados soberanos são reguladas pelo direito internacional público”. (pgs. 142-143) Quanto à condição e qualidade do poder que o Estado exerce sobre o território, QUEIROZ LIMA é adamantino: “Na Idade Média toda a organização política girava em torno de princípio de dependência entre as pessoas, nos seus diversos graus” (...) da “subordinação da ordem política do Estado ao direito civil resultou a equiparação da autoridade do Estado sobre o território nacional ao direito privado de propriedade: o Estado, isto é, o rei, o poder soberano, é titular do domínio eminente do solo, tem a suprema senhoria de todo o território pátrio. Esse direito do Estado é da mesma natureza da enfiteuse, em direito civil, é uma sua propriedade virtual, potencial, que se sobrepõe ao domínio civil propriamente dito (pgs. 137-138). (...) “O direito que o Estado exerce sobre o território já não se pode chamar domínio eminente, nem sua propriedade, equiparada ao domínio direito do senhorio na enfiteuse de direito civil; é um direito real, mas de natureza política, é um direito real de direito público, é um domínio de soberania” (pgs. 138-139). Grifado no original.

comentário ao artigo 66, citado, tem por esclarecido que “as coisas comuns são as que não se podem tornar propriedade exclusiva de pessoa alguma: o ar, o mar, a água corrente. Todos têm igual direito de gozar dessas coisas, mas de nenhum modo elas podem fazer parte do patrimônio exclusivo de quem quer que seja” (...) “BERTHÉLEMY diz que a expressão domínio, em direito administrativo, se aplica ao conjunto dos bens utilizados ou explorados pela coletividade de cidadãos. Divide esses bens em duas categorias, uns servem a todos, como os cursos d’água, os caminhos, os portos, e pela sua natureza ou pelo seu destino se assemelham às res communes, cuja apropriação não se concebe”.¹⁶

Essa orientação foi seguida pelo Código de Águas (Decreto-Lei nº 24.463, de 10 de julho de 1.934) que estatui

Art. 1º “As águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais.

Art. 2º São águas públicas de uso comum:

- a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos: (Grifei)
- b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis;
- c) as correntes de que se façam estas águas;
-
- f) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade.¹⁷

É imperioso, pois, distinguir, de um lado, o domínio político federal (jurisdição) sobre o mar territorial e, de outro, o monopólio da União sobre o petróleo e o gás e o direito dos Estados e Municípios produtores ao resultado da exploração desses recursos do solo e subsolo marinhos, direito patrimonial constitucional de cada uma dessas pessoas jurídicas.

¹⁶ DR., MILCIÁDES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. II, Rio de Janeiro, 1.930, pg. 563-564.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, op. Cit., vol. II, pg. 181: “A enumeração do art. 29, I, do Decreto nº 24.643 não é privativa. Seria absurdo interpretar-se que as águas do mar são propriedade do Estado, ou que o sejam as situadas nos Territórios, ou as que servem de limites com os Estados vizinhos” (...) “Tal direito da União é público. Nada tem com o direito de propriedade; pode coexistir com o direito de propriedade de outrem, sempre que, *in casu*, a água seja apropriável. O Estado pode ter aquele direito público e o de propriedade, se apropriável a água. Pode ele, então, destiná-la, ou não, ao uso comum (art. 66, [C. Civil 1.916], ou ao uso público especial (art. 66, II), ou ao uso privado (art. 66, II).

Destinação aos Estados não produtores

6. Portanto, ainda que as águas territoriais ou extraterritoriais fossem bens do domínio privado da União ou objeto de outros seus direitos, não se poderia qualificar como dever do Governo Federal e direito originário dos Estados não produtores a participação desses últimos no produto da exploração do petróleo e gás no mar. A União, abstraídas as participações constitucionais – pode dispor da parte da exploração no mar que sobeja e destiná-la aos Estados não produtores, na conformidade de leis especiais, porque pode dispor do seu patrimônio. Por essa razão, o óleo e o gás natural extraídos no mar não pertencem a todos os Estados e Municípios federados, mas à União e aos Estados e Municípios que a Constituição designa.

A igualdade não autoriza a participação dos não produtores

7. Contra a partilha constitucional dos recursos do solo e subsolo marinhos não é de se invocar a igualdade dos Estados porque a lei que a concretiza se baseou “numa distinção objetiva das situações,”¹⁸ pois adotou-se um dado objetivo geográfico e geoeconômico. O legislador não concedeu discricionariamente a algumas unidades federadas participação e compensação que haviam sido instituídas pela Constituição. A Constituição por sua vez, tomou o território como critério dessa partilha, o qual é um elemento natural, e delegou à lei competência para fixar os percentuais da participação e compensação dos Estados e Municípios produtores. Todavia, a lei não pode eliminar esses direitos reduzindo-os a zero ou à insignificância, nem modificar ou alterar a base de cálculo da participação e compensação dos Estados e Municípios, adotando outra que não corresponda à totalidade da produção, medida em quantidades e valores; tão pouco pode retroagir para o efeito de anular ou modificar obrigações contratuais dos Estados e Municípios

¹⁸ Dr. PETER BADURA, *Staatsrecht*, 2., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1.996, pg. 123: *Alle Menschen sind nicht nur vor dem Gesetz „gleich“, sondern auch der Gesetzgeber muss die Gebote der Gleichheit beachten (Art. 1 Abs. 3GG)*“ (Grifei) . V. ainda, J.J. Gomes CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª edição revista, 1.993, pg.128: “o que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas, sob o ponto de vista de segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio. As diferenciações de tratamento podem ser legítimas quando: a) se baseiem numa distinção objetiva de situações; b) não se fundamentem em qualquer dos motivos indicados no n.º 2; c) tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; d) se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objetivo.” O n.º 2 a que os Autores se remetem no texto acima, é o inciso 2, do artigo 13º, da Constituição Portuguesa que veda a discriminação do cidadão em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.

produtores, adimplidas com as aludidas receitas, que lhes pertencem originariamente.

Inconstitucionalidades do art. 64, da Lei nº 12.351

8. O artigo 64 da Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2.010, vetado pelo Presidente da República, é inconstitucional por atentar contra a segurança dos direitos de participação e compensação financeira dos Estados e Municípios na produção do petróleo explorado no mar, a responsabilidade fiscal, a proteção do meio ambiente e, fundamentalmente, contra os princípios, os postulados, os pressupostos e as normas do regime federativo organizado pela Constituição de 1.988.

A segurança jurídica

9. A segurança jurídica aplica ao direito o princípio da identidade e não contradição da lógica formal. No seu modo objetivo, ela postula a congruência dos enunciados das normas e, concretamente, dos seus efeitos e conseqüências; o modo subjetivo diz respeito aos efeitos da norma para os seus sujeitos. No ordenamento jurídico toda prescrição ou conjunto de prescrições, todas as disposições e instituições são mutuamente proibidas de prejudicarem o sentido, o entendimento, a validade e a eficácia de qualquer delas. Uma norma não pode ter reduzido ou eliminado por outra seu efeito para o sujeito passivo, salvo quando seja exceção formal de uma disposição de alcance geral.

Meio ambiente

O artigo 64, referido, atenta contra a segurança do ato jurídico ajustado pelo Estado do Rio de Janeiro com a União para consolidar o débito do governo local e quitá-lo com o produto da receita dos royalties do petróleo e gás. Essa pactuação estava autorizada pelo parágrafo único do artigo 160, da Constituição¹⁹ e Lei de Responsabilidade Fiscal. A redução do valor dessa fonte de recursos importa a inadimplência das obrigações já contratadas, deprime a autonomia financeira do Estado e, portanto, do autogoverno e da manutenção dos serviços públicos que são prerrogativa e dever constitucionais (CF, art. 25). Além disso, a União mediante lei do Congresso Nacional, negaria fé aos contratos que firmou, violando a proibição do artigo 19, II, da Constituição. Conseqüência concreta do inadimplemento, o Estado do Rio de Janeiro sofreria as sanções da Lei de Responsabilidade Fiscal referida adiante. Legislando contra

¹⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL art. 160: É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

direitos oriundos de contratos, destruir-se-ia a segurança jurídica subjetiva; reduzindo a compensação financeira constitucional (royalty) de um Estado produtor, violaria a boa fé postulada pelo contrato de regularização fiscal, a disciplina constitucional da exploração do petróleo e do gás natural e dos deveres do Estado para com o meio ambiente, pois suprimiria concretamente a principal fonte financeira do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano (FECAM) que visa, entre outros fins, a evitar, minorar e combater as conseqüências destrutivas do ambiente pela exploração petrolífera, em seu território terrestre e marinho.

Responsabilidade fiscal

10. Todos os entes federados submetem-se à lei complementar que dispõe sobre a gestão financeira e patrimonial das suas administrações diretas e indiretas (C.F., art. 165, § 9º, II). A Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2.000, dando cumprimento a essa norma constitucional, responsabiliza-os pelo equilíbrio das contas públicas, de modo que previnam riscos e corrijam desvios, atendo-se, para tal fim, a condições e limites de renúncia de receitas, de despesas com a seguridade social e operações de crédito, inclusive com antecipação de receita e concessão de garantias (LC n.º 101, de 2.000, art. 1º, § 1º). Ora, rejeitando o veto ao artigo 64, a Credora, segundo advertência da Consulente, causaria a inadimplência do Estado devedor, levando-o à impossibilidade de pagar o que deve a ela.

A perda da receita constitucional dos recursos marinhos, determinando-lhe a inadimplência, sujeitaria o Estado do Rio de Janeiro às penalidades do Código Penal e da Lei de Responsabilidade (Lei n.º 1.079, de 1.950), bem como às sanções administrativas do Decreto-Lei n.º 201, de 1.967, e da Lei n.º 8.429, de 1.992 (Responsabilidade Administrativa), sanções cominadas no art. 73 da Lei Complementar 101, de 2.000. Da rejeição do veto ao artigo 64, da Lei nº 12.351, de 2.010, podem resultar três injuridicidades: a regressividade das novas disposições sobre os percentuais dos royalties devidos aos Estados e Municípios produtores; a compulsão à inadimplência, em desobediência de disposições constitucionais e legais que instauram a responsabilidade fiscal dos entes públicos; e, enfim, a adesão da União à guerra financeira que os Estados não produtores movem aos produtores no Congresso Nacional.

11. A federação instaura a paz perpétua entre os entes políticos que a compõem e, para essa finalidade, nega-lhes o *ius belli*. Decisões

do Supremo Tribunal Federal têm reiteradamente condenado a guerra entre Estados no campo tributário. Se aos Estados proíbe-se a guerra fiscal em nome de um atributo conceitual da federação e dogma do regime federativo vigente, pode o Congresso Nacional contra eles atentar financeiramente?

O Supremo Tribunal Federal nega essa possibilidade, porque é “*violação do pacto federativo*” o prejuízo causado aos Estados (...) “*em desconformidade com a lei constitucionalmente exigida*” (ACO 541, Relator, Ministro Gilmar Mendes, em 19.04.06, DJ de 30.06.06). “*O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-Membros e Distrito Federal, de sua competência normativa ...*” (ADI 1.247-MC, Relator Ministro Celso de Mello, em 17.08.95, DJ de 08.09.95) “*ICMS e repulsa constitucional à guerra tributária entre Estados-membros: o legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a guerra tributária entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS*” (idem) “*As normas constitucionais que impõem disciplina nacional ao ICMS são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações*” (ADI 2.377-MC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, em 22.02.01, DJ de 07.11.03)

Todos esses *obiter dicta* do Supremo Tribunal repousam no postulado da necessária e estrita obediência da União e dos Estados ao regime federativo, sob pena de inconstitucionalidade e ilegitimidade. Essas proposições jurídicas aplicam-se à partilha constitucional de bens públicos, como o petróleo e o gás. O que a Constituição deu aos Estados e Municípios produtores compõe cláusula pétrea que vincula o Congresso Nacional, não lhe permite reduzir a base de cálculo dos direitos de participação e compensação dos Estados e Municípios produtores (total da produção em quaisquer sítios marinhos), nem tirar-lhes o que lhes tendo sido legalmente deferido (percentuais de participação e royalties) e foi contratualmente empenhado na solução de dívidas contraídas com a União. A norma de conteúdo objetivo, que define os percentuais dos Estados produtores, lhes assegura direitos reflexos que são aqueles ditados pelo interesse geral e individual de tornar efetivo o cumprimento da norma objetiva. Já, no contrato celebrado com a União no qual lhe oferece em pagamento a

receita de participações vencidas e vincendas de *royalties*, o Estado do Rio de Janeiro contraiu obrigações que a lei nova de direito público objetivo não pode agravar, mediante redução das receitas destinadas ao seu cumprimento e conseqüente imposição de penalidades que lhe comprometem a autonomia. Como é notório, a forma federativa do Estado tem como nota essencial e cláusula pétrea a proibição de lesar direitos originários e inalienáveis de qualquer dos entes federados, ou subtrair-lhes o que lhes integra o domínio político. Ato do Congresso Nacional não pode tirar, reduzir ou anular o que a Constituição deu em perpetuidade.

Essa mesma razão não permite a extinção da prerrogativa territorial da participação na exploração de petróleo e gás dos Estados produtores, nem a sua nulificação por ato legislativo que fixa o percentual de participação e compensação financeira.

12. Respondo aos já reproduzidos quesitos da consulta, na ordem em que formulados e na conformidade do que até aqui expus.

- a) É inconstitucional lei que destina a Estados não produtores parte da participação dos Estados produtores no resultado da exploração de petróleo e gás natural;
- b) como penso ter demonstrado, a vigência da norma do artigo 64, da Lei nº 12.351, de 2.010, violaria a segurança jurídica, a igualdade dos Estados em sentido formal e material e o seu dever de cumprir suas responsabilidades fiscais definidas na Lei Complementar nº 101, de 2.000, e os de proteção ao meio ambiente. Procurei deixar patente o rompimento do pacto federativo pelas disposições do aludido artigo 64;
- c) a propósito, o prejuízo dos Estados e Municípios produtores assim causado resulta em rompimento do pacto federativo que, na lição do Supremo Tribunal Federal, tem por um dos seus fundamentos o respeito dos direitos atribuídos a um Estado pela Constituição e das limitações que ela impõe aos demais;
- d) é inconstitucional lei federal que, regressivamente, reduz ou suprime receita que a própria União aceitou contratualmente em pagamento de crédito seu, por causar a inadimplência ou insolvência do devedor e por infringir a proibição de negar fé aos documentos públicos. A regra moral, que a Constituição vigente incorpora ao direito, e o princípio da boa fé e o da

Inalterabilidade da base de cálculo e não nulificação da alíquota nela incidente

segurança jurídica não o permitem. A lei, como é curial, é ato de vontade do legislador e a vontade dos governantes, no Estado de Direito, subordina-se à Constituição e aos princípios que ela adota.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2011.

CÉLIO BORJA