

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.764.693 - RJ (2018/0229042-0)**

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
**RECORRENTE** : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS  
**RECORRIDO** : MUNICÍPIO DE MACAU  
**ADVOGADO** : EDSON PEREIRA NEVES E OUTRO(S) - RS006448

**DECISÃO**

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

"PROCESSO CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. *ROYALTIES*. *CITYGATES*. SUSPENSÃO DOS ARTIGOS 48 E 49 DA LEI Nº 12.734/2012. MEDIDA CAUTELAR NA ADIN Nº 4.917. PROTEÇÃO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS PRODUTORES.

1. Reexame necessário e apelação em face de sentença que, nos autos de mandado de segurança objetivando suspender os efeitos das alterações promovidas no art. 48 e do art. 49 da Lei Federal nº 9.478/97, que foram realizadas pela Lei nº 12.734/2012, bem como que a Autoridade Impetrada seja determinada a realizar os cálculos dos valores financeiros dos repasses dos *royalties* do petróleo que são de direito do Impetrante, em conformidade com a redação original do art. 48 e 49 da Lei 9.478/97, concedeu a segurança para que a impetrada suspenda a decisão administrativa informada no ofício nº 380/2013/SPG, em relação ao impetrante, procedendo os cálculos dos *royalties* referentes ao petróleo sem as alterações promovidas pela Lei nº 12.734/2012, até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro.

2. Verifica-se a incidência da teoria da encampação, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A uma, por não ter havido, apenas, alegação de ilegitimidade, mas defesa do mérito do ato impugnado. A duas, por se verificar a necessária subordinação hierárquica do Superintendente de Participações Governamentais da ANP à decisão emanada da Diretoria Colegiada da ANP, consubstanciada na Resolução da Diretoria - RD nº 624/2013, de 19.6.2013, que deu origem ao Ofício nº 380/2013/SPG, objeto do presente mandamus. A três, porque inexistente modificação de competência. Precedente: STJ, P Seção, MS 17.435, Rel. Min.

HERMAN BENJAMIN, DJe 1.2.2013.

3. Nos autos da ADI 4917-MC/DF, a eminente Ministra Carmen Lúcia deferiu a medida cautelar sob os seguintes fundamentos principais: (i) 'a alteração das regras relativas ao regime de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou da compensação pela exploração, sem mudança constitucional do sistema tributário, importa em desequilibrar o tão frágil equilíbrio federativo nacional e em desajustar, mais ainda, o regime financeiro das pessoas federadas sem atenção aos princípios e às regras que delineiam a forma de Estado adotada constitucionalmente'; (ii) inaplicabilidade das novas regras aos *royalties* devidos pelas concessões instituídas com base na legislação antes vigente, em observância ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88.

4. Em que pese a ausência de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do disposto nos arts. 48, §3º e art. 49, §7º, da Lei nº 9.478/97, incluídos pela Lei nº 12.734/2012, nada impede o seu reconhecimento incidenter tantum pelo magistrado de primeiro grau, com base na violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CRFB/88), em sede de controle difuso.

5. Na sessão de julgamento realizada em 5.11.2015, o Órgão Especial deste egrégio TRF - 2º Região reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da regra contida no § 3º do art. 48 e no §7º do art. 49, da Lei n.º 9.478/1997, incluídos pela Lei nº 12.734/2012, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 201351010209856, da relatoria do eminente Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araujo Filho. Outros precedentes deste TRF2: TRF2, 7ª Turma Especializada, ApelReex 01252069820134025101, Rel. Des. Fed. JOSÉ ANTONIO NEIVA, e-DJF2R 22.3.2017; TRF2, 6ª Turma Especializada, ApelReex 00209856420134025101, Rel. Des. Fed. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, e-DJF2R 13.6.2016.

6. Em consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que não houve alteração quanto à medida liminar proferida na ADI 4917-MC/DF, sendo certo que a referida ação aguarda julgamento.

7. Remessa necessária e apelação não providas" (fls. 377/378e).

Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente violação aos arts. 48, §3º, e 49, §7º, da Lei 9.478/97, e 7º da Lei 7.990/89, porquanto: **(a)** "não há como reconhecer a ilegalidade do ato administrativo alegada pelo agravado, pois editado com base em lei vigente. Ademais, a aplicação da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento é incabível, seja porque não pode ser feita por via difusa, seja porque não há qualquer dependência entre o §3º do art. 48 e o §7º do art. 49 da Lei nº 9.478/97 com o inciso II do art. 48 e o inciso II do art. 49 suspensos pela medida cautelar deferida na ADI 4917" (fls. 391/392e); **(b)** "no caso em análise, não há relação de dependência entre os

parágrafos e o inciso II do art. 48 ou inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478/97, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012 Com efeito, o inciso II do art. 48 trata da distribuição de royalties de até 5% quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, indicando os percentuais cabíveis a cada um dos entes federativos; o inciso II do art. 49 na parcela que exceder 5%, quando a lavra ocorrer na plataforma continental" (fl. 402e).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 470/473e).

Sem razão a parte recorrente.

Verifica-se que o Tribunal **a quo**, ao julgar a controvérsia, entendeu que, em razão da medida liminar deferida nos autos da ADI 4971-MC/DF, no STF, deveria ser reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos regramentos contidos no § 3º do art. 48 e no §7º do art. 49 da Lei 9.478/97.

Desta feita, é inegável que o acórdão recorrido baseou o seu entendimento em fundamento de natureza eminentemente constitucional, o que afasta a possibilidade de análise da pretensão recursal em sede de Recurso Especial, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal.

A propósito:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE RISCO DE DESLIZAMENTO DE ENCOSTA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO ADMINISTRATIVA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA ADMINISTRAÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA FÁTICA-PROBATÓRIA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o município e o Estado do Rio de Janeiro, visando compelir os referidos entes públicos a planejar e executar políticas públicas aptas a diminuir os riscos de deslizamentos na Comunidade Morro do Juramento.

2. Da leitura do acórdão recorrido, depreende-se que o cerne da questão foi debatido apenas com fundamento constitucional, pois houve análise acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas pelo Poder Executivo sem que se fira o princípio da separação dos poderes.

3. Assim, verifico que a matéria é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional. Assim, não é possível analisar a tese recursal sob pena de usurpar a competência do Supremo

**Tribunal Federal estabelecida nas alíneas do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.**

4. Ademais, o Tribunal de origem, assentado no conjunto fático-probatório dos autos, entendeu que os entes políticos cumpriram com o dever de executar as políticas públicas aptas a sanar o problema. É inviável, portanto, analisar a tese defendida no Recurso Especial de que há omissão do Poder Público em executar programas de contenção das encostas, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplica-se, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.554.148/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/03/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, **não conheço** do Recurso Especial.

Não obstante o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), deixo de majorar os honorários advocatícios, tendo em vista que, na origem, não houve prévia fixação de honorários sucumbenciais.

I.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Relatora