

**EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES
PETROLÍFEROS: DOS PRIMÓRDIOS DA APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS
À JUDICIALIZAÇÃO DA QUERELA FEDERATIVA***

**EVOLUTION OF THE LEGAL SYSTEM OF DISTRIBUTION OF OIL ROYALTIES: THE
BEGINNINGS OF APPROPRIATION OF MINERAL RESOURCES TO THE
JUDICIALIZATION OF FEDERAL DISPUTE**

Scarlet Ohara Nogueira Silva**

RESUMO: O objetivo do presente trabalho consiste na elucidação do novo marco regulatório do petróleo, através de um panorama que se inicia com a retrospectiva histórica acerca do regime jurídico dos bens, no que tange à apropriação dos recursos naturais extraídos, contando, ainda, com considerações a respeito das balizas/princípios constitucionais que orientam a atividade econômica petrolífera. Posteriormente, apresenta-se a descoberta de petróleo e gás natural na camada pré-sal até a arguição de inconstitucionalidade da nova legislação regulamentadora, principalmente no que concerne à distribuição dos recursos/participações governamentais entre os entes da federação. O trabalho é justificável pela necessidade de demonstrar o interesse histórico (e financeiro) que se perpetua diante da cifra bilionária especulada com sua exploração, acompanhado, inicialmente, de uma insuficiência regulatória que visasse os interesses internos em detrimento do aproveitamento estrangeiro, bem como a dificuldade no processo de criação e vigência de normas que regulem a distribuição interna dos recursos sem a geração de confrontos legislativos e jurídicos entre as unidades da federação e verdadeiros alardes na mídia e na sociedade.

Palavras-chave: Pré-sal; Participações governamentais; Estados produtores e não produtores.

ABSTRACT: The aim of this study consists in the oil's new regulatory benchmark elucidation, through a panorama that begins with a historical retrospective about the legal regime of assets, regarding the appropriation of the natural resources extracted, counting also with regards to constitutional principles that guide the oil

* Artigo recebido em: 02/12/2015.

Artigo aceito em: 21/02/2016.

** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós-graduanda em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela UNESA. **Mato Grosso- MT, Brasil. E-mail: scarlet.ohara@live.com.**

economic activity. Next, it shows the discovery of oil and natural gas in the pre-salt layer until the complaint of unconstitutionality of the new regulatory legislation, especially with regard to the distribution of resources / governmental take between the federal entities. The study is justified by the need to demonstrate the historical interest (and financial) that perpetuates on billion dollar figure speculated with its exploitation, accompanied initially of a regulatory insufficiency that aim at internal interests to the detriment of foreign exploitation, as well as the difficulty in the process of creation and in the effectiveness of laws governing the internal distribution of resources without generating legislative and legal clashes between entities of the federation and real fanfare in the media and in society.

Keywords: Pre-salt; Governmental take; Producing and non-producing states.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é uma federação. A Constituição de 1988 refere-se a essa forma de Estado logo no artigo 1º e, mais à frente, no artigo 18, o qual dispõe que a federação brasileira é composta pela União Federal, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, bem como prevê a autonomia dessas unidades federadas.

Ocorre que, como a autonomia política e administrativa dos estados e municípios pressupõe a sua autonomia financeira, o constituinte também teve o cuidado de especificar as fontes de recursos que devem ser empregadas para o atendimento das necessidades da população, que decorrem, em especial, das receitas tributárias, mas que também podem abranger receitas de outras naturezas.

No que toca às receitas não tributárias, interessa-nos, neste trabalho, compreender a problemática desencadeada com a evolução das regras de distribuição a estados e municípios dos royalties e participações especiais decorrentes da exploração do petróleo, nos termos do § 1º do artigo 20 da Constituição.

Portanto, com base em fontes doutrinárias e normativas, ou seja, por meio do método bibliográfico, será realizada uma análise direta à forma de acesso aos benefícios decorrentes da exploração dos recursos minerais, cujo panorama é de transformação.

Se o domínio dos recursos se encontra atribuído à União seria possível assegurar que todos os entes acessem aos benefícios se apenas alguns são potencialmente afetados pelos impactos das atividades extrativas? A resposta estaria na federação, que se adapta a um modelo de república que tem na redução das desigualdades regionais uma das metas.

O presente trabalho primeiramente expõe uma retrospectiva histórica que desemboca na confecção de um regime jurídico apto a distinguir a tricotomia normativa “domínio do solo”, “do subsolo” e “apropriação dos resultados da exploração”, consolidando e individualizando o pertencente ao domínio particular ou ao domínio público, e capaz de distribuir a renda petrolífera gerada.

Em um segundo momento, realiza-se uma abordagem teórica e geral dos princípios constitucionais da ordem econômica atinentes à atividade petrolífera, sendo certo que, no que concerne a esta exploração, seus princípios também se encontram em outros Títulos do texto constitucional.

Em seguida, expõe-se a descoberta de petróleo na camada pré-sal, o que inaugura um novo capítulo na história brasileira do petróleo e em sua legislação, uma vez imprescindível, a partir de então, um novo marco regulatório.

Por derradeiro, cumpre investigar, na terceira parte, os argumentos empregados pelas partes que figuram na discussão atualmente posta no Supremo Tribunal Federal, em virtude das novas regras para distribuição dos royalties e participações especiais advindas da atividade petrolífera, as quais objetivam uma divisão mais equânime entre todas as unidades federadas.

2. PANORAMA HISTÓRICO DO REGIME JURÍDICO DE APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS

Um dos procedimentos legais de um Estado soberano, detentor de bens públicos, é a instituição de mecanismos que possibilitem o acesso às rendas auferidas pela exploração desses bens. No Brasil, é o caso das participações governamentais, que possuem natureza jurídica de compensação financeira pela exploração de potenciais hidrelétricos, petrolíferos e de gás natural, e se destinam, precipuamente, a estados, municípios e órgãos federais que, direta ou

indiretamente, tem interferência ou atuação sobre esses bens, além de ser alocada a determinados setores.

Não obstante, em análise à evolução dos regimes constitucionais brasileiros, verifica-se que a destinação/apropriação do resultado da exploração do subsolo – petróleo e demais recursos minerais – já se dirigiu a diferentes personagens, a valer-se do sistema jurídico vigente, expostos a seguir.

I) Sistema regaliano: vigente durante o período colonial. As jazidas eram propriedade da Coroa portuguesa, que outorgava, nas Cartas de Doações das capitanias, o direito de lavra aos concessionários do rei, os quais, em contrapartida, ficavam obrigados a reservar a ela a quinta parte (20%) das riquezas minerais que fossem encontradas e lavradas na colônia.

II) Sistema dominial: vigente no período imperial. A propriedade das jazidas passou a ser do Estado-coletividade, e não mais do Estado-monarca. A exploração dos recursos minerais por particular era condicionada à concessão pelo Governo Imperial e ao repasse dos impostos incidentes sobre essa atividade, os quais eram destinados aos cofres da União. No ano de 1932, ocorreu a descoberta da primeira jazida de petróleo no Brasil, em Salvador/BA.

III) Sistema da acessão: instaurado a partir da primeira Constituição republicana, de 1891. Pela primeira vez destinou-se a propriedade das riquezas minerais existentes no subsolo ao proprietário do solo, cabendo ao Estado apenas a fiscalização da atividade. Desse modo, adotou-se o regime constitucional de propriedade plena, no qual o subsolo seria apenas acessório da superfície. O Código Civil de 1916, em seu artigo 526, corroborou esse domínio ilimitado conferido ao dono do solo.

IV) Sistema da concessão: inaugurado com a Constituição de 1934, a primeira a instituir a dicotomia entre a propriedade do solo e do subsolo. As riquezas minerais do subsolo pertenceriam ao Estado, sendo assegurado ao proprietário do solo apenas a participação nos lucros e a preferência na exploração

–direitosposteriormente extintos pelas Constituições de 1946 e 1967, respectivamente.

Em 1953, com o advento da lei de criação da Petrobrás, a nº 2.004, se estabeleceu, pela primeira vez, a participação de entes da Federação nas rendas petrolíferas. Mais tarde, a Constituição Cidadã de 1988veio a reforçar a mencionada separação jurídica entre a propriedade do solo e do subsolo, bem como,no artigo 20, incisos V, VI e IX, a atribuição à União Federal da propriedade dos recursos minerais presentes no subsolo, mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, mantendo, no artigo 177, o monopólio sobre as atividades de lavra e pesquisa de recursos minerais, exclusivamente realizadas pela Petrobras.

Além disso, reconhecendo a importância das participações financeiras governamentais pelo uso e exploração de um bem energético ou mineral, o legislador constituinte deu-lhes assento no § 1º do artigo 20 da CF/88, *in verbis*:

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.

Para regulamentar a supracitada previsão constitucional, foram publicadas a Lei Federal nº 7.990/1989, que determinou o pagamento mensal e direto da compensação financeira aestados,municípios e órgãos da administração direta da União, e a Lei nº 8.001/1990, que redefiniu os percentuais de distribuição –ulteriormente modificados pelas Leis nº 9.984/2000 e nº 9.993/2000.

Em 1995, a Emenda Constitucional nº 6modificou a redação do § 1º do artigo 176 da CF/88,iniciando o processo de flexibilização¹do monopólio estatal do

¹Não há que se falar na extinção do monopólio da União, mas apenas em flexibilização da exploração dos bens minerais, pois a União, além de permanecer com a titularidade do domínio dos bens do subsolo, conforme artigos 20, inciso IX, e 176, *caput*,ambos da CRFB, passa a ter a opção de
ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

petróleo, ao permitir à União contratar empresas estatais ou privadas para realização das atividades de pesquisa e lavra, transferindo às concessionárias os riscos e o direito de propriedade sobre o produto da exploração.

A esse respeito, o Min. Eros Grau, em relatoria das ADI 3.273 e ADI 3.366 (julgamento em 16/03/2005, DJ de 02/03/2007):

A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CF/1988). A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

Em 1997, a nova Lei do Petróleo, a nº 9.478, pôs fim ao monopólio estatal sobre as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, não mais admitindo ser uma opção a adoção do regime de concessão (“A União poderá contratar”) para ser a única opção, ressaltando o domínio/propriedade da União sobre os recursos minerais existentes nas jazidas ou blocos e atribuindo a propriedade do petróleo ao concessionário somente após a passagem pelo ponto de medição².

Além do regime de exploração passar a ser, então, o de livre iniciativa, por meio das concessões de exploração à empresas estatais e/ou privadas, bem como nacionais ou estrangeiras, cujas licitações seriam responsabilidade da Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Lei nº 9.478 introduziu novas espécies de participações governamentais, divididas em: bônus de assinatura (pago no ato da assinatura do contrato), royalties, participações especiais (em caso de campos de grande produção) e pagamento pela ocupação da área (no caso de blocos

escolher entre a manutenção do sistema de pesquisa e lavra ou a adoção do novo sistema de concessão.

² Vide definição de “pontos de medição” no artigo 3º, inciso IV, do Decreto nº 2.705/1998.

terrestres). Tais participações representam uma parcela dos rendimentos obtidos pelas concessionárias, destinada ao poder concedente.

3. ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA PETROLÍFERA

O Direito Econômico brasileiro teve efetivo início com a Carta Constitucional de 1934, a qual inseriu mecanismos de intervenção estatal na economia, consignando, pela primeira vez, a possibilidade de intervenção positiva. Os textos anteriores só faziam referência à intervenção por abstenção, aproximando-se do preconizado pelo Estado Liberal, cuja transição reflete a transformação do capitalismo na medida em que assume caráter social.

Nesse contexto, a constitucionalização da economia assume notável relevância, a fim de coibir situações de abuso do poder econômico e firmar o compromisso social do Estado, especialmente através dos princípios e diretrizes assentados nos artigos 1º ao 5º e 170 da CF/88, os quais devem pautar as normas infraconstitucionais regulamentadoras da atividade petrolífera, porquanto uma fonte de energia altamente visada por oportunizar destacável crescimento econômico.

A soberania, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I), ao ser prevista como princípio da ordem econômica (art. 170, I), busca evitar a influência descontrolada de outros países na economia brasileira, garantindo a ideia de independência nacional e assegurando a autonomia decisória do país. Porém, isso não significa uma blindagem da economia em relação ao capital estrangeiro, até porque o artigo 172 prevê que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

Em seguida, o constituinte estatuiu a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), os quais também

figuram como direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII). Desse modo, a propriedade privada sobre os bens de produção terá de atender a função social (interesses sociais), não se voltando meramente à acumulação de riqueza e à apropriação individual do lucro. Assim, seus frutos deverão reverter de algum modo à sociedade, buscando um equilíbrio entre o lucro privado e o proveito social.

Outro princípio previsto na ordem econômica é a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), imprescindível para assegurar a todos existência digna e nutrir os ditames da justiça social (art. 170, *caput*). Ao almejar melhor qualidade de vida à coletividade, essa conjugação do econômico com o ambiental anseia pelo desenvolvimento sustentável.

Por fim, a previsão da redução das desigualdades regionais e sociais como um dos princípios da ordem econômica (artigo 170, VII) e objetivo fundamental da República (art. 3º, III) busca a consagração do Estado do bem-estar social e a promoção do desenvolvimento econômico. O próprio “enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais”³.

4. DESCOBERTA DA CAMADA PRÉ-SAL E O NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO

Até o advento da nova Lei do Petróleo, a nº 9.478/97, a atividade de produção petrolífera e de gás natural estava sujeita tão somente ao pagamento de royalties correspondentes a 5% da produção, e, a partir desse novo regulamento, o percentual foi elevado para 10%, ressalvada a possibilidade de redução por conta de riscos geológicos, expectativas de produção e outros fatores pertinentes. Além

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 245.

disso, no que concerne à distribuição desses royalties, referida Lei disciplinou que, em se tratando de lavra na plataforma continental, 52,5% seriam destinados aos estados e municípios considerados produtores e àqueles que recebem as embarcações em seus portos.

Até esse momento, o cenário era marcado por uma produção de petróleo relativamente pequena, baixo preço do barril de petróleo e alto risco de insucesso na exploração.

Ocorre que, no ano de 2007, após os primeiros indícios da existência de petróleo na camada pré-sal na Bacia de Santos (em 2005 no campo de Parati e em 2006 no de Tupi), a Petrobras fez o anúncio oficial acerca da descoberta de petróleo nessa camada e, no ano seguinte, começou a extraí-lo em quantidade reduzida, inicialmente na Bacia de Campos.

Com a evolução das pesquisas, evidenciou-se que aquela camada, formada há 150 milhões de anos e situada a sete mil metros de profundidade, armazena imensos poços de petróleo em excelente estado de conservação. Até então, em cem anos, o Brasil havia provado o equivalente a 14 bilhões de barris de reservas, e a descoberta dos reservatórios nas áreas do pré-sal proporcionaria um surpreendente aumento desse número da produção petrolífera.

De acordo com o estudo publicado em agosto de 2015 por Cleveland Jones e Hernane Chaves, do Instituto Nacional de Óleo e Gás (INOG) da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), estima-se que o polígono do pré-sal brasileiro contém, em uma probabilidade de 90%, ao menos 176 bilhões de barris de recursos não descobertos e recuperáveis de petróleo e gás natural e, em uma certeza estatística de 10%, poder-se-ia alcançar 273 bilhões de barris⁴.

⁴ THOMSON REUTERS. *Pré-sal do Brasil contém 176 bi de barris de petróleo e gás, diz estudo*. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKCN0QF29920150810>>. Acesso em: 05 maio 2016.

Dentre outros fatores favoráveis, temos também a diminuição do fatorrisco na exploração desses recursos na camada pré-sal e a boa qualidade do petróleo extraído (óleo leve), dados que compensam os custos de exploração e produção em águas profundas com uma exímia rentabilidade. De 2006 a 2013, aPetrobras conquistou uma taxa de sucesso exploratório na província do pré-sal de excepcionais 82%⁵, enquanto a taxa média da indústria petrolífera mundial é apenas de 30%.

De pronto, verifica-se a diferença entre o novocontextoe o que envolvia o advento da Lei nº 9.478/97, sendo necessário, assim, um novo marco regulatório da exploração do petróleo, pois diante da diminuição dos riscos a serem enfrentados pelas futuras concessionárias e a alta produtividade, enseja-se,emcontrapartida,ummodeloqueconfiraàUniãoe aosentesfederadosmaiorparticipação nosresultadosemaiorcontroledariquezapotencial, defendendoos interessesnacionais,vistoqueo regime jurídico até então vigentenãoosemostravaadequadoparapermitiromáximoaproveitamento das reservas petrolíferas descobertas na área do pré-sal.

À vista disso, tivemos a publicação de quatro novas leis que dão forma ao marco regulatório do pré-sal: Lei nº 12.276/2010, Lei nº 12.304/2010,Lei nº 12.351/2010eLei nº 12.734/2012.As mesmasregulam, basicamente, a forma pela qual os entes federativos se apropriarão das riquezasadvindasdopetróleo,bemcomo oníveldeintervençãoedecontrole estatal sobre as operações de exploração e produção de petróleo.⁶

⁵LIMA, PauloCésarRibeiro.A *situação econômica, financeira e operacional da Petrobras*. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2015_447-situacao-da-petrobras-paulo-cesar-ribeiro-lima>. Acesso em: 05 maio 2016. p. 10.

⁶ Há previsão de três regimes diferentes sob os quais podem ser celebrados os contratos para as atividades de exploração e produção de petróleo: A) de concessão, instituído pela Lei nº 9.478/1997, no qual “as atividades são realizadas por conta e risco do concessionário, sem interferência ou maior controle dos governos nos projetos de exploração e produção, respeitada a regulação existente. Caso haja uma descoberta e ela seja desenvolvida, o petróleo e gás natural, uma vez extraídos, passam a

ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

ALei nº 12.276/2010 autoriza a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, dispensada a licitação, em áreas não concedidas e localizadas no pré-sal, até o limite de 5 bilhões de barris de petróleo (artigo 1º, *caput*, e § 2º), em contrapartida, deveria haver um aumento na participação do Estado brasileiro (*in casu*, pela União Federal, BNDESPar, BNDES, Fundo de Participação Social e Fundo Soberano) no capital da empresa. Assim, após o processo de capitalização, a participação total do governo no capital social da companhia aumentou de 40% para 48% (incluindo-se ações preferenciais e ordinárias).

ALei nº 12.304/2010 criou a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-sal Petróleo S.A. (PPSA), de integral propriedade da União (artigo 6º), para representar e administrar os consórcios formados para a execução dos contratos de partilha de produção e para gestão destes contratos (celebrados entre o Ministério de Minas e Energia e as empresas de exploração e produção - E&P), além da gestão dos contratos para comercialização do petróleo e do gás natural do pré-sal.

Contudo, se antes tínhamos uma rivalidade na demarcação das linhas de projeção⁷, hoje temos um litígio entre os estados “produtores” e “não-produtores”, acentuado a partir da apresentação da Emenda nº 387, conhecida como Emenda

pertencer aos concessionários após o pagamento de royalties e outras participações governamentais” (PETROBRAS, 2009); B) de cessão onerosa, à Petrobras, instituído pela Lei nº 12.276/2010, realizados por conta e risco da Petrobras, também garantida sua titularidade sobre o petróleo e gás natural produzidos, e “o valor desta cessão onerosa será avaliado segundo as melhores práticas da indústria do petróleo, e a Petrobras pagará à União este valor. Segundo o projeto de lei, o pagamento da Petrobras ao governo poderá ser feito por meio de títulos da dívida pública mobiliária federal, cujo preço será feito segundo o valor de mercado”. No entanto, diferentemente do que ocorre no contrato de concessão, caso não seja cumprido o Programa Exploratório Obrigatório (PEO) no tempo determinado haverá apenas pagamento de multa; C) de partilha de produção, instituído pela Lei nº 12.351/2010, no qual os riscos das atividades (em tese, baixos) também são assumidos pelos contratados, os quais ficam com parte da produção e a outra parte é destinada ao Governo, além do pagamento de royalties.

⁷ Vide artigo 2º do Decreto nº 93.189/1986. As referidas linhas definem a quais estados e municípios destinar-se-ão os recursos compensatórios da exploração petrolífera no mar.

Ibsen, ao Projeto de Lei nº 5.940/09 – que culminou na promulgação da Lei nº 12.351/2010 – e, posteriormente, com o Projeto de Lei do Senado nº 448/2011, que culminou na promulgação da Lei nº 12.734/2012.

De início, em agosto de 2009, o Poder Executivo, na gestão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.938/2009, cujo escopo era criar um novo regime contratual para exploração e produção de petróleo e gás natural no pré-sal e em áreas estratégicas, denominado regime de partilha de produção, bem como o Projeto de Lei nº 5.940/2009, que previa a criação do Fundo Social (FS) para combate à pobreza e fomento a projetos de educação, cultura, ciência e tecnologia e de sustentabilidade ambiental, cujos recursos adviriam de parcela do valor do bônus de assinatura e dos royalties que cabem à União, da receita da comercialização de petróleo, entre outros (artigo 3º do PL nº 5.940).

O PL nº 5.938/2009 definia as regras para a exploração de petróleo na camada do pré-sal e em outras áreas estratégicas, dispondo sobre a exploração de petróleo sob o regime de partilha, porém, não trazia regra jurídica que disciplinasse a distribuição aos estados e municípios das participações governamentais de que trata o § 1º do artigo 20 da Constituição.

O supracitado PL, nos artigos 49 e 50, adia esta questão até a publicação de legislação específica e, enquanto isso, prevê a aplicação da Lei nº 7.990/1989, para a distribuição das participações especiais aos estados e municípios afetados em decorrência da exploração do petróleo sob o regime de partilha, e da Lei nº 9.478/1997 para a distribuição de royalties relacionados aos contratos celebrados sob o regime de partilha de produção.

Em março de 2010, durante a tramitação do PL nº 5.938 na Câmara dos Deputados, foi proposta pelos deputados Humberto Souto (PPS-MG) e Ibsen Pinheiro (PMDB-RS) a Emenda Ibsen-Simon (Emenda nº 387), a qual previa que os valores restantes após a dedução da participação da União, tanto no regime de

concessão quanto no de partilha de produção⁸, fossem assim distribuídos entre todos os estados e municípios, sem distinção entre produtores e não produtores:

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 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;

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.

Referida emenda foi aprovada na Câmara dos Deputados. Enviado o PL nº 5.938/2009 para o Senado Federal, o mesmo foi incorporado ao texto do PL nº 5.940/2009, que propunha a criação do Fundo Social, e recebeu a nomenclatura Projeto de Lei da Câmara nº 7 de 2010. Na votação em junho de 2010, o plenário manteve o teor da Emenda Ibsen com o acréscimo de emendas, dentre as quais se previa a obrigatoriedade de a União compensar os estados e municípios que sofressem consequente redução de receita:

Art. 64 - §1º. A União compensará, com recursos oriundos de sua parcela em royalties e participações especiais, bem como do que lhe couberem 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.

O Substitutivo do Senado ao PLC nº 07/2010 retornou à Câmara dos Deputados para deliberação, sendo que, em votação ocorrida em dezembro de

⁸ De acordo com o artigo 42-B, inciso II, da Lei nº 12.351/2010 (regime de partilha de produção), quando a lavra ocorrer na plataforma continental, à União pertence 22% dos royalties. Para o regime de concessão, vide artigos 49, inciso II, ao 49-C, da Lei nº 9.478/97.

2010, a Emenda Ibsen, com o acréscimo da obrigatoriedade de compensação pela União, foi aprovada. O PL nº 5.940, em seguida, foi para sanção presidencial.

O Presidente da República sancionou a Lei nº 12.351/2010, mas vetou o citado artigo 64, por entender que contrariava o interesse público. Alegou, nesse sentido, a possibilidade de alta litigiosidade, diante da não adoção de critério para a compensação de receitas aos Estados e Municípios pela União, além do não esclarecimento quanto ao alcance das regras, se somente aos contratos futuros ou também aos já em vigor, bem como por não estabelecer fórmula ou alíquota para obtenção do montante total dos recursos provenientes dos royalties nem fixar o percentual correspondente a cada um dos entes federativos.

Até a finalização deste trabalho, o veto presidencial ainda não foi votado no Congresso Nacional, especialmente em virtude de um acordo para que se apresentasse um projeto com novas regras para a repartição dos royalties e demais receitas governamentais oriundas do pré-sal, *in casu*, o Projeto de Lei nº 448/2011, agora proposto pelo Senado Federal.

No entanto, necessária pausa para tecer algumas considerações acerca da promulgada Lei nº 12.351/2010 que, além de criar o Fundo Social e modificar dispositivos da Lei nº 9.478/1997, introduziu o regime de partilha de produção para as áreas não concedidas do pré-sal e outras áreas consideradas estratégicas⁹.

Apartir de então, há a coexistência de duas leis regulamentando a produção de petróleo no Brasil: a Lei nº 9.478/1997, que dispõe sobre o regime de concessão, e a Lei nº 12.351/2010, que disciplina o regime de partilha.

No regime de partilha de produção, o Estado mantém a propriedade do petróleo e gás mesmo depois de extraídos, ao passo que remunera os custos de

⁹ As outras áreas estratégicas referem-se às áreas localizadas fora do pré-sal nas quais eventualmente existem grandes reservas de petróleo, ou seja, caracterizadas pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção.

produção e divide com o contratado o excedente em óleo¹⁰, como recompensa por ter assumido totalmente os riscos de exploração. Além disso, recebe receitas a título de royalties e bônus de assinatura e abre mão da cobrança de participação especial.

Nesse regime, do total da produção são descontados os custos (de exploração, de desenvolvimento do campo e de extração), os investimentos necessários (que são assumidos integralmente pelo contratado e ressarcidos através de parcela da produção de petróleo e gás natural, denominada “custo em óleo”), e a remuneração da empresa produtora (parcela do restante do petróleo extraído, previamente definida no contrato, chamada “excedente em óleo”), e o restante da produção passa a ser propriedade do Estado.

A União e a empresa contratada partilham o petróleo e o gás natural extraídos da área explorada, vez que dividem o “excedente em óleo”. Ademais, de acordo com os artigos 42 e 42-Ad Lei nº 12.351/2010 (redação dada pela Lei nº 12.734/2012), a empresa tem que pagar à União, mensalmente, os valores correspondentes aos royalties, com alíquota de 15% do valor da produção.

Retornando à disputa entre os estados “produtores” e “nãoprodutores”, temos que, em agosto de 2011, o senador Wellington Dias (PT-PI) protocola o Projeto de Lei do Senado nº 448/2011, que previa nova configuração para distribuição da participação especial (apenas nas áreas exploradas sob o regime de concessão) e dos royalties, independentemente do regime sob o qual fosse celebrado o contrato, e tanto para as áreas já licitadas em regime de concessão quanto para campos ainda não licitados.

As novas regras propostas diferenciavam-se de acordo com a localidade da lavra (terra, lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres ou no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva), com o regime (partilha ou concessão) e,

¹⁰ Vide definições de “partilha de produção”, “custo em óleo” e “excedente em óleo” no artigo 2º, incisos I a III, da Lei nº 12.351/2010.

dentro do regime de concessão, conforme os blocos já licitados ou não até a data de início de vigência daquela futura lei.

Adivisão proposta pelo PLS nº 448/2011 modificava as Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010 e distribuía de forma mais equânimeas riquezas do petróleo, que até então se concentravam nos estados e municípios produtores, promovendo uma descentralização na distribuição das receitas de royalties e participação especial para todos os entes federativos, sobretudo, no caso de a produção ocorrer na plataforma continental.

De acordo com a redação final do referido PLS, os royalties devidos sob o regime de partilha de produção seriam assim distribuídos: em caso de produção na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, 24,5% para todos os municípios e 24,5% para todos os estados, e, em caso de produção em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais, seriam destinados 25% para todos os municípios e 25% para todos os estados.

Além disso, propunha que os recursos do fundo especial distribuídos aos estados e municípios fossem destinados à educação (no mínimo, 40%), infraestrutura (até 30%), saúde, segurança, programas de erradicação da miséria e pobreza, cultura, esporte, pesquisa, ciência e tecnologia, defesa civil e meio ambiente (no mínimo, 30% para esse conjunto).

Em outubro de 2011, graças à instauração de regime de urgência, o PLS 448 foi votado e aprovado em meio à grande embate, de um lado contestações dos senadores representantes de estados produtores e noutro a defesa por aqueles representantes de estados não produtores.

Em seguida, o texto foi enviado à Câmara dos Deputados, onde recebeu a nomenclatura Projeto de Lei nº 2.565/2011, e, após mais de um ano de tramitação, em novembro de 2012, foi aprovado sem emendas e alterações.

Seguiu-se, então, para a deliberação executiva da presidência. A Presidente da República, Dilma Rousseff, vetou parcialmente a Lei nº 12.734/2012,

inclusive no tocante à redistribuição dos royalties, por entender que eles possuem natureza indenizatória ao se tratar de uma compensação financeira pela exploração do petróleo no território, incorporando-se às receitas originárias dos estados e municípios produtores, e que a repartição de royalties arrecadados em contratos de exploração já em vigor violaria a segurança jurídica, por ser uma receita certa, que, em vários casos, já havia sido objeto de securitização ou operações de antecipação de recebíveis.

Em contrapartida, em dezembro de 2011, a presidente editou Medida Provisória nº 592/2012, que determinava novas regras de distribuição, entre os entes da Federação, dos royalties e da participação especial e a destinação de 100% dos recursos dos royalties à educação, com aplicação para os futuros contratos de produção de petróleo sob o regime de concessão. Por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias, a referida MPV teve seu prazo de vigência encerrado no dia 12 de maio de 2013.

Em dezembro de 2012, para apreciação do já citado veto parcial da presidente à Lei nº 12.734/2012, foi aprovado no Congresso Nacional o regime de urgência, passando à frente de mais de três mil processos pendentes. Diante da expectativa de que o veto seria rejeitado, o deputado Alessandro Molon, do Estado do Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança no STF alegando a violação do devido processo legislativo, e o ministro Luiz Fux deferiu a liminar determinando que o Congresso se abstivesse de deliberar acerca do veto parcial antes de todos os outros vetos pendentes, em ordem cronológica.

A Mesa Diretora do Congresso Nacional interpôs agravo regimental contra a decisão monocrática, tendo o recurso sido julgado provido pelo Plenário do STF em fevereiro de 2013, para revogar a medida liminar anteriormente concedida pelo Min. Luiz Fux.

Em março de 2013, o Congresso Nacional realizou sessão para apreciação dos vetos ao Projeto de Lei dos royalties, os quais foram derrubados e

assim restaurado o texto aprovado em novembro de 2012, com aplicação dos novos critérios, inclusive, aos contratos em vigor. Com isso, foram promulgadas as partes vetadas da Lei nº 12.734/2012.

No entanto, o debate em torno dessa matéria não pôde ser considerado finalizado, pois o governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade nº 4917, contra os dispositivos inseridos pela Lei nº 12.734/2012 que promoveram a redistribuição dos percentuais dos royalties nos contratos vigentes. Os Estados do Espírito Santo e São Paulo também propuseram ações no STF.

Em 18 de março de 2013, a relatora da ADIn 4917, Ministra Cármen Lúcia, deferiu medida cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que preveem novas regras de distribuição dos royalties do petróleo e ampliam os recursos de estados e municípios não produtores de petróleo, até o julgamento final da ação. Em seguida, a Mesa do Congresso Nacional interpôs agravo regimental questionando a concessão monocrática da medida liminar, visto que a competência é do órgão colegiado e que não havia sido previamente notificado para prestar informações.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se pela procedência parcial do pedido, a fim de afastar somente a aplicabilidade imediata dos dispositivos impugnados, opinando pelo início de sua vigência no exercício financeiro de 2016.

Deverão ser julgadas em conjunto as quatro ADIns que versam sobre a matéria, ou seja, além da ADIn nº 4917, também a nº 4916 (ajuizada pelo governo do Espírito Santo), a nº 4918 (ajuizada pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro) e a nº 4020 (ajuizada pelo governador do Estado de São Paulo).¹¹

¹¹ Foram deferidos vários pedidos de ingressos na qualidade de *amicus curiae*: os Estados do Rio Grande do Sul, Paraíba, Alagoas, Mato Grosso do Sul, Goiás, Bahia, Paraná, a Confederação Nacional de Municípios - CNM, a Associação dos Municípios Excluídos do Rol dos Recebedores de ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

Em que pese esse cenário, em outubro de 2013, foi realizado o primeiro leilão para exploração do pré-sal, o primeiro, inclusive, de acordo com o regime de produção partilhada. O momento foi acompanhado de críticas e manifestações contrárias, sob o argumento de que o modelo de licitação adotado promoveria a privatização de uma das maiores riquezas do país, indo contra o interesse nacional e beneficiando as empresas multinacionais, além de incluir irregularmente blocos de petróleo na licitação que não haviam sido discutidos nas audiências públicas realizadas durante o processo.

Em 25 de fevereiro de 2016, a Min. Rel. Cármen Lúcia finalizou o relatório do feito, encaminhando-o aos demais Ministros da Suprema Corte. Contudo, até a conclusão deste trabalho, o processo ainda não foi submetido ao plenário do STF para deliberação e julgamento do mérito.

5. ATUAL DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

Diante da suspensão dos efeitos da Lei nº 12.734/12, mantêm-se as fórmulas de distribuição dos royalties e da participação especial originalmente estabelecidas pelas Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010, as quais destinam, em caso de lavra na plataforma continental, apenas 7,5% dos royalties para todos os municípios e estados da federação, a serem divididos conforme as regras do Fundo de Participação dos Municípios e do Fundo de Participação aos Estados.

Royalties do Petróleo e Gás - AMROY, a Organização dos Municípios Produtores de Petróleo e Gás e Limítrofes da Zona de Produção Principal da Bacia de Campos, Estado do Rio de Janeiro - OMPETRO, a Associação Brasileira dos Municípios com Terminais Marítimos, Fluviais e Terrestres de Embarque e Desembarque de Petróleo e Gás Natural - ABRAMT, a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Rio de Janeiro, a Associação dos Municípios Produtores de Gás Natural, Petróleo, Possuidores de Gasodutos, Oleodutos, Áreas de Tancagem, Estação de Bombeamento e Zona de Influência da Bacia de Santos - AMPROGÁS, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, a Associação dos Municípios sede de pontos de entrega e/ou recebimento de gás natural - AMPEGÁS e a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais.

Vale registrar que, de acordo com a Lei nº 12.734/12, ora suspensa, em caso de produção na plataforma continental, seriam destinados 24,5% dos royalties para os municípios não confrontantes e os não afetados e 24,5% aos estados não confrontantes.

Conclui-se, então, pela vigência de um regime regulador misto para a exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil desde 2010. Para as áreas não licitadas do pré-sal e outras estratégicas, aplica-se a Lei nº 12.351/2010, que estabeleceu o regime de partilha da produção. E para todo o restante do território (cerca de 98% da área total das bacias sedimentares brasileiras), aplica-se a Lei nº 9.478/1997, que estabeleceu o regime de concessão.

6. CONFLITO FEDERATIVO

Desde a proposta da Emenda Ibsen na Câmara dos Deputados, em 11/03/2010, e durante todo o deslinde legislativo das Leis nº 12.351/2010 e nº 12.734/2012 até o presente momento, observa-se que as intensas deliberações e os discursos eloquentes não se restringiram apenas ao âmbito legislativo, também envolveram, e muito, os outros dois Poderes, Executivo e Judiciário – o primeiro em função das repercussões sobre seus vetos, e o segundo também presente nesse cenário devido aos mandados de segurança e ações diretas de inconstitucionalidade impetradas pelos estados produtores, os quais se sentiram lesados com a nova fórmula de distribuição das receitas do petróleo –, além de incitar a manifestação da sociedade, divergente na medida em que a situação comporta tanto interesses prejudicados quanto favorecidos, inclusive sob a forma de protestos populares.

Justamente diante desse panorama, dedicaremos os tópicos a seguir para exposição dos principais argumentos que fazem parte do discurso dos

estados produtores e dos não produtores e despertam tamanha rivalidade entre eles nos últimos anos.

6.1. ESTADOS CONFRONTANTES COM A PROJEÇÃO DOS CAMPOS PETROLÍFEROS SITUADOS NA PLATAFORMA CONTINENTAL

Os estados e municípios afetados pelo exercício da exploração do petróleo alegam que as novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais advindos dessa atividade econômica, introduzidas pela Lei nº 12.734/2012, violam o § 1º do artigo 20 da Constituição, pois, desde sempre, a legislação tratou as participações governamentais devidas pela exploração de recursos naturais como “indenização”. É o que se verifica na redação original do artigo 27 da Lei nº 2.004/1953, cujo termo “indenização” só deixou de ser empregado com a edição da Lei nº 7.990/1989, que passou a qualificar a referida contraprestação simplesmente como “compensação financeira”.

No entanto, argumentam que isso não quer dizer que a partir de então a retribuição financeira paga deixou de ser considerada uma indenização. Primeiro porque, conquanto a Lei nº 7.990/1989 seja norma posterior, e por isso represente a última expressão da vontade legislativa, não se opera, na hipótese, a revogação tácita do artigo 27 da Lei nº 2.004/1953, porque a expressão “compensação financeira” empregada nesse dispositivo não é semanticamente incompatível com a expressão “indenização” presenteem sua redação original e na redação da Lei nº 7.990.

Em segundo lugar, porque a Constituição de 1988, quando disciplinou a matéria no § 1º do seu artigo 20, qualificou as participações governamentais, devidas às unidades federadas pela exploração de recursos naturais, como espécie de indenização. E conquanto não tenha sido feliz a redação – que deixa na dúvida o alcance do termo “respectivo” –, a “respectiva plataforma continental” não se

refere a uma circunstância juridicamente impossível, mas está, simplesmente, a indicar a ideia precisa de estado ou município “litorâneo” ou “confrontante”.

Até porque, como expressa Gustavo Loureiro, nos documentos que retratam a deliberação político-parlamentar tendente à construção do texto desse dispositivo constitucional, “não aparece, em momento algum, intenção de uma partilha absoluta na plataforma continental”¹². Loureiro comenta ainda que, com as modificações promovidas no projeto da Constituição de 1988 até sua redação final:

Estavam criadas as condições para futuras dificuldades hermenêuticas em torno do § 1º do art. 20 da Constituição, causadas, sobretudo, por “migrações” e deslocamentos do termo “respectivo” que acabou finalmente sendo arranjado de modo diferente e menos preso à hipótese que, aí, explicitamente regulava (plataforma continental e mar territorial).

Conquanto juridicamente imprecisa, alegam ser compreensível ao que o termo faz referência, estando a expressar a ideia de estado ou município confrontante ou adjacente. Aduzem que a retribuição financeira de que trata o dispositivo constitucional em comento tem por finalidade compensar (ou indenizar) os estados e municípios afetados pela exploração de determinados recursos minerais, pelos reflexos dessa atividade econômica sobre as suas contas públicas e sobre o modo de vida de suas respectivas populações, sendo necessária a contraprestação pelos riscos e pelos custos inerentes à atividade extrativista.

Em voto no Recurso Extraordinário nº 228.800/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence assentou que a compensação financeira se vincula não à exploração em si, mas aos problemas que gera, vez que:

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

¹² LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988*. Parte IV. Brasília: UnB, 2010. p. 22.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em relatoria do Agravo de Instrumento nº453.025/DF, firmou o posicionamento de 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”.

Ricardo Torres, de seu turno, leciona que a distribuição de tais receitas aos estados e municípios produtores justifica-se como contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se veem na contingência de garantir a infraestrutura de bens e serviços de assistência às populações envolvidas em atividade de grande porte, ou seja, contraprestação pelas despesas com infraestrutura e pelos prejuízos ambientais.¹³

Complementa, Regis Oliveira, que a compensação advém do dano possível ou real que o ente federativo possa sofrer, pois em virtude das obras para a exploração de energia elétrica ou de qualquer exploração mineral, incluindo petróleo e gás natural, decorrem danos momentâneos ou permanentes, reportando-se à “destruição ambiental, movimentação de veículos, colocação de postes ou estruturas metálicas de qualquer natureza, movimentação de terras, possível poluição ambiental”, que geram prejuízos e que por isso devem ser indenizados.¹⁴

Além disso, os estados e municípios produtores argumentam que, a partir de 1988, passaram a ter direitos originários sobre as participações, de modo a compensar a perda da receita tributária ocasionada com a imunidade de tributação pelo ICMS das operações relativas à saída de petróleo para outras unidades federativas, criada justamente em salvaguarda dos interesses de estados

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 191.

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219.

e municípios não produtores, acarretando, a si, relevante perda financeira, pois o ICMS incidente sobre os produtos em causa passou a caber ao estado de destino, em sua totalidade, desde a remessa até o consumo.

Destacam, assim, que dada a incidência da não cumulatividade, a desoneração tributária ora mencionada acaba beneficiando toda a cadeia de consumo, favorecendo todo e qualquer estado em cujo território se realizem operações de circulação de petróleo e derivados (gasolina, gás natural, lubrificantes, etc.). Desse modo, concluem que tanto os estados e municípios produtores como os não produtores de petróleo serão igualmente beneficiados pela ampliação dos níveis de atividade petrolífera.

Mas não são essas as únicas razões jurídicas a embasar a tão alegada inconstitucionalidade de semelhante opção político-legislativa. Defendem, ainda, que a distribuição das receitas a todos os estados e municípios, proposta como meio de promover a igualdade entre as unidades federadas, traduziria, ao contrário, ofensa ao princípio da isonomia.

Isso porque o princípio da isonomia, positivado no *caput* do artigo 5º da Carta Magna - em literalidade, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" -, não admite a atribuição de tratamento paritário a desiguais. Atribuição de tratamento isonômico pressupõe igualdade de posições perante o problema.

Aludem que tal não se verifica na hipótese analisada, porque estados e municípios produtores e não produtores não se encontram equiparados frente aos riscos e custos inerentes à atividade de exploração de petróleo e frente ao discrimine estabelecido pela imunidade tributária de que trata a alínea "b" do inciso X do § 2º do artigo 155 da Constituição.

Tal circunstância foi destacada pelo jurista Luís Barroso, ao ressaltar os custos que decorrem do exercício dessa atividade econômica, pois ensejam:

[...] 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, além de elevados impactos e riscos ambientais.¹⁵

Eventuais acidentes, principalmente com vazamento de óleo, afetariam diretamente as atividades de quem vive da pesca e do turismo. Além disso, outro efeito da chegada da indústria do petróleo é a elevação do custo de vida, gerando um problema de mobilidade urbana (devido à elevação do custo dos aluguéis e dos imóveis), quiçá a favelização, o que exige mais investimentos em programas de inclusão social e maiores gastos com segurança pública.

Concluem, ademais, que a distribuição igualitária dos royalties e participações especiais também é ofensiva ao princípio federativo, ao que se referem os artigos 1º e 18 da Constituição Federal, e também ao inciso I do § 4º do artigo 60 daquela Lei Maior.

Segundo Dalmo Dallari, "etimologicamente, federação quer dizer pacto, aliança". Dentre as características descritas pelo autor, merece ser destacado que "no Estado Federal as atribuições da União e das unidades federadas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências", e que, por isso, "a cada esfera de competência se atribui renda própria"¹⁶ (federalismo fiscal). A propósito, Dallari considera indispensável a autonomia financeira, nestes termos:

[...] que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficientes, pois do contrário a autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios.¹⁷

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica*: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Parecer. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016. p. 16.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 255.

¹⁷ DALLARI, 1998, p. 259.

Exemplo disso são as receitas atribuídas pelo § 1º do artigo 20 da CRFB aos entes federados, nas quais se inserem os royalties e participações especiais advindos da exploração do petróleo. Luiz Machado destaca que essas receitas se destinam à cobertura de danos ambientais e do gasto público necessário à construção e manutenção da estrutura de serviços públicos que dá suporte à exploração de recursos naturais, dispondo, em arremate, que os estados e municípios contribuem, com esses recursos, para a “busca pela efetividade de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, garantir o desenvolvimento nacional”¹⁸.

Assim, uma iniciativa que suprimisse, por lei federal, parte do pagamento dessas receitas aos estados e municípios afetados pela indústria do petróleo restringiria a sua autonomia para a execução de seus próprios recursos orçamentários, os quais, em vez de serem aplicados em benefício das suas respectivas populações, precisariam ser alocados, forçadamente, para cobrir os riscos e custos de atividade extrativista exercida por particulares, mas sob autorização e em benefício do ente federal. Disso decorreria a inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio federativo.

Por fim, argumentam que o critério de distribuição de recursos aprovado pelo Parlamento também ofende o princípio da segurança jurídica, consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Política, que veda a interferência legislativa no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada. Isso porque a Lei nº 12.734/2012 pretende a distribuição a todas as unidades federadas dos royalties e participações especiais relativos a operações realizadas sob o regime de partilha ou de concessão, inclusive àquelas referentes a blocos já licitados, cujos campos de petróleo já se encontram em produção.

¹⁸ MACHADO, Luiz Henrique Travassos. Federalismo e os royalties do petróleo. *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo, v. 98, maio/jun. 2011. p. 46-47.

Luís Barroso acentua que “a supressão do direito a royalties e participações especiais acarretaria grave frustração de expectativa legítima em relação a receitas que auferi há muitos anos”, de modo que a “sua interrupção súbita, sem que se tenha sequer cogitado de uma transição razoável, traz consequências dramáticas”, que incluem a “impossibilidade de cumprir obrigações assumidas, tanto de custeio como de investimentos” (consequências econômicas) e “impossibilidade de cumprimento das normas constitucionais orçamentárias (art. 165, §§ 1º, 2º, 4º e 5º), de normas de direito financeiro (Lei nº 4.320/64), da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e da Lei nº 9.496/97”, a qual dispõe sobre o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados.¹⁹

Defendem, assim, a preservação dos efeitos do ato jurídico perfeito em frente às alterações legislativas posteriores a sua constituição, ou seja, no curso da execução desses efeitos. Ao ensejo, acrescentam que o fato de a União Federal haver firmado contratos de empréstimos com os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo,²⁰ tomando como garantia os royalties e as participações especiais que lhes seriam distribuídos em decorrência da exploração de petróleo nos blocos já licitados, tornam vinculados os efeitos desses contratos celebrados sob a vigência da legislação pretérita, o que obsta a sua afetação por lei posterior que estabeleça novos critérios para a distribuição desses recursos a estados e municípios.

Sendo assim, a aprovação, pela União Federal, de modificação nas regras de distribuição de royalties e participações especiais mostra-se ofensiva à boa-fé objetiva, evocando a proibição de *venire contra factum proprium*. Se o ato foi praticado com base na lei vigente ao tempo da sua consolidação, os seus efeitos

¹⁹ BARROSO, 2010, p. 24-25

²⁰ De acordo com as ADIns apresentadas pela PGE/RJ e PGE/ES, em virtude das reduções das compensações, até 2020, o estado do Rio de Janeiro perderia a receita de aproximadamente 27 bilhões de reais e o estado do Espírito Santo cerca de 23,7 bilhões de reais.

estabilizam-se no tempo, não sendo atingidos por novas opções político-legislativas, como medida de segurança jurídica.

6.2 ESTADOS NÃO CONFRONTANTES

Por sua vez, os estados e municípios não produtores alegam que, da mesma forma que não possuem plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, os estados e municípios produtores também não são possuidores destes, e a consequência cabível seria o impedimento, em qualquer hipótese, do recebimento de participações governamentais apenas por parte daqueles.

Assim, pode-se observar que juridicamente não existe plataforma continental estadual ou municipal, de maneira que o termo “respectivo”, mencionado no texto do § 1º do artigo 20 da Constituição, refere-se apenas ao “território”, autorizando, de modo claro, o legislador infraconstitucional a repartir, como lhe aprouver, o resultado da exploração de recursos naturais fora do “respectivo território”, ou seja, daqueles situados na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva.

Além disso, afirmam que o potencial aumento da base de produção de petróleo, preordenada pela descoberta de jazidas no pré-sal, faria com que os estados e municípios produtores se desenvolvessem em ritmo superior às regiões vizinhas, tendo em vista a consequente elevação das suas receitas pelas participações governamentais de que trata o § 1º do artigo 20 da Constituição, com destaque para os royalties e participações especiais, criando, com isso, disparidades regionais.

Noutro giro, defendem não haver segurança jurídica ou direito adquirido sobre algo que não pertence pacificamente aos estados e municípios produtores. Fala-se em direito adquirido quando o fato concreto gerador já se

realizou por inteiro, não sendo possível, então, haver direito adquirido sobre fatos geradores futuros, o que é justamente o caso da extração de petróleo.

Entendem que, de fato, a segurança jurídica se trata de um instituto importante no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o mesmo não pode obstar alterações legislativas realizadas democraticamente através dos representantes do povo, pois, do contrário, estar-se-ia diante de uma total imobilização legislativa.

Em retorno à discussão acerca do § 1º do artigo 20 do Texto Magno, insta salientar que esse dispositivo não se trata de uma cláusula pétrea, sequer de um percentual/valor fixo que não possa ser objeto de alterações assentadas de acordo com a vontade política democrática.

Não se entende como adequada a intervenção positiva do Poder Judiciário que venha a revogar legislação que, ainda que objeto de intensas disputas de natureza política e econômica, não contrarie qualquer dispositivo constitucional. Entende-se como correta a postura de autocontenção²¹ por parte do STF, até porque não fere matéria afeta à democracia, não obsta a participação política de qualquer minoria ou parte minoritária política ou mesmo parcela da população em sua autodeterminação. Na verdade, trata-se justamente do oposto, pois aqueles entes que se encontram desgostosos com a nova legislação estão habituados a usufruir de sua supremacia econômica e estratégia política para permanecer em situação mais vantajosa em relação aos demais estados da federação.

O que se observa é o comportamento dos estados como atores econômicos ao invés de públicos, focados somente em serem destinatários dos

²¹ “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. [...] o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2013, p. 7)

recursos sem levar em conta a estrutura política fundada no pacto federativo e as consequências fáticas, em âmbito nacional, que podem ser geradas a partir da nova forma de distribuição dos royalties.

Sugerem que, em caso de dúvida por parte do STF quanto à constitucionalidade da matéria legislada, dever-se-ia aplicar o princípio *in dubio pro legislatore*, em prol da manutenção da lei ante o seu fundamento de legitimidade e presunção de legalidade. Desse modo, para que essa presunção de constitucionalidade seja afastada, o magistrado deve estar absolutamente convicto diante de argumentos robustos que demonstrem a contradição expressa entre o dispositivo legal questionado e os valores presentes na Constituição Federal.

É através do federalismo fiscal, que institui a repartição da renda, ou melhor, o repasse de recursos da União para os estados (art. 157 da CF) e destes para os municípios (art. 158, III e IV), que se torna possível a correção de problemas de desigualdade social, conjuntura na qual, aliada à competência legislativa concorrente (art. 23) e à existência de diversos fundos de distribuição de receitas entre os entes federados (art. 159, I), se identifica o federalismo cooperativo.

No Brasil, o federalismo cooperativo se identifica com a proposta de um Estado de bem-estar social, tendo em vista a responsabilidade dos entes da federação na busca de uma homogeneização, por meio da redução progressiva das desigualdades regionais e sociais e na qual, inclusive, dá-se destaque ao princípio da solidariedade.

A nova fórmula de distribuição dos royalties apresenta-se como oportunidade para a concretização de tal desenvolvimento em amplitude nacional, e não apenas em regiões que tiveram a sorte de suas linhas de projeção se estenderem à localização de recursos naturais minerais na plataforma continental.

Ao longo deste trabalho foi empregada a denominação “produtor”, contudo, trata-se de uma designação atribuída pela imprensa e pelos próprios

políticos como sendo “produtores de petróleo”. É certo que tal expressão não traduz sua essência e nem natureza jurídica, visto que, no Brasil, os estados e municípios, ainda que litorâneos, não são proprietários das riquezas existentes na plataforma continental, pois tratam-se de bens da União, consoante redação indubitável do artigo 20, V e IX, da Constituição.

É absolutamente questionável a legislação que atribui a certos estados e municípios, sem nenhum mérito próprio, baseada apenas em suas linhas de projeção, o direito de receber uma participação infinitamente mais considerável no resultado da exploração de petróleo ou compensação financeira. No mesmo sentido, não é fator que demonstre vício de inconstitucionalidade a diminuição da participação total desses estados e municípios.

Além disso, o Ministro Sepúlveda Pertence observou, em seu voto no Recurso Extraordinário 228.800, que “a compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera”, ou seja, a compensação financeira indicada no § 1º do artigo 20 da CRFB destina-se a promover a reparação dos danos advindos da exploração dos recursos minerais.

Tendo em mente essa interpretação, os estados e municípios “produtores” só deveriam ser indenizados em caso de efetivos danos provocados pela exploração de petróleo ou gás natural. Nada obstante, improvável a aplicação desse critério, uma vez que a atividade econômica é exercida há muitos quilômetros da costa territorial e, portanto, difícil falar em perda de parcela do território ou em dano ambiental direto, como ocorre, por exemplo, na construção de usinas hidrelétricas.

Os graves acidentes/danos ambientais que poderiam advir da exploração de petróleo na plataforma continental, *v.g.*, um vazamento, em certo contaminaria toda uma área extensa do Oceano Atlântico, e não direta e exclusivamente o estado ou o município que encaixa o respectivo poço produtor entre suas linhas de projeção ou que recebe as embarcações.

Outro princípio que, *de per si*, seria suficiente para se justificar uma distribuição mais uniforme dos royalties é o da compensação fiscal, segundo o qual um ente da federação não pode ser beneficiado ou prejudicado “por uma atividade que deva necessariamente ser realizada em benefício de toda uma comunidade”²². Comunidade porque, tratando-se de recurso mineral da União, os benefícios advindos de sua exploração devem alcançar igualmente a todos os entes federados, e não da forma como ocorria até o advento da Lei nº 12.734/2012 e ainda sucede após sua suspensão, com a única ressalva de recompensas em favor de eventual dano material e prejuízo ambiental.

Ainda no tocante à forma de Estado adotada, qual seja, o federalismo, temos que um de seus escopos primordiais é a atuação do Estado como instrumento para a promoção da equidade inter-regional, finalidade que se identifica com um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades regionais. Logo, José Conti observa que, para a redução das diferenças, o princípio da igualdade deve ser empregado “não apenas aos indivíduos como tais, considerados isoladamente, mas também às comunidades na qual vivem”²³.

Dentre as várias providências de natureza redistributiva que o Estado pode pôr em prática para a promoção da equidade inter-regional, encontra-se a transferência intergovernamental das riquezas arrecadadas. Atende a essa finalidade a distribuição da receita dos royalties através do Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios, criados justamente para o desenvolvimento do equilíbrio socioeconômico entre estados e entre municípios de acordo com sua realidade.

²² CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 28.

²³ CONTI, 2001, p. 30.

7. FUNÇÃO SOCIAL DOS RECURSOS ORIUNDOS DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

A Constituição brasileira de 1988 prevê uma série de direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º, como o direito a educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança e assistência aos desamparados, os quais demandam uma atuação positiva por parte do Estado, por meio de políticas públicas, para sua efetivação.

Contudo, a despeito da positivação desses direitos, na prática eles nem sempre são usufruídos pela população, principalmente no que diz respeito às camadas mais pobres, encontrando obstáculos como a carência de recursos e *deficit* orçamentário, comumente alegados pelos administradores públicos.

Pioneiramente, em 2006, o Estado do Espírito Santo criou o Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais, através da lei estadual nº 8.308, com o fito de repassar a seus municípios 30% dos recursos dos royalties por ele recebidos, vinculando sua aplicação às áreas sociais básicas: saneamento básico, educação, saúde, habitação, assistência social, transporte, segurança, inclusão digital, geração de emprego e renda.

Em âmbito nacional, a primeira tentativa de vincular a aplicação dos recursos provenientes dos royalties do petróleo foi através da Medida Provisória nº 592/2012, editada pela então Presidente da República, Dilma Rousseff. A referida MP destinava, exclusivamente à educação, 100% dos royalties de petróleo oriundos de contratos de concessão firmados após sua publicação e 50% da receita do Fundo Social do Pré-Sal.

Contudo, a MP nº 592 teve sua vigência encerrada no dia 12 de maio de 2013, pois a Comissão Mista do Congresso Nacional, criada para analisar a matéria, optou por deixá-la perder sua vigência por decurso de prazo, em virtude de um acordo entre parlamentares da oposição e do governo, tanto de estados e municípios confrontantes como não confrontantes, sob o argumento de que está

pendente de análise pelo STF a questão da distribuição federativa das receitas arrecadadas com a exploração do petróleo.

Em seguida, ainda com o objetivo de regulamentar a aplicação dos recursos provenientes dos royalties do petróleo, a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.858/13, que destina para a educação básica e para a saúde a receita dos royalties do petróleo auferida pelos órgãos da administração direta da União e pelos estados e municípios (restrita, em relação aos dois últimos, aos contratos celebrados a partir de 03 de dezembro 2012)²⁴ –, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, além de 50% do recebido pelo Fundo Social do Pré-Sal e o total das receitas da União decorrentes dos acordos de individualização da produção²⁵.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar detidamente a legislação que disciplina a exploração de petróleo no país, chega-se à conclusão de que o legislador, conquanto tenha instituído um novo modelo para exploração desse recurso natural, quando da edição da Lei nº 12.351/2010, designado como regime de partilha, não logrou estabelecer, em virtude do veto parcial da Presidente da República, nova regra jurídica disciplinadora da distribuição das participações governamentais relativas à atividade petrolífera (royalties, participações especiais, etc.) aos estados e municípios, as quais são atribuídas a estes pelo § 1º do artigo 20 da Constituição.

Essa lacuna deve ser suprida, seja pelo Parlamento, mediante edição de uma norma jurídica, seja pela doutrina jurídica, mediante formulação de proposições descritivas capazes de conferir coerência ao ordenamento jurídico. Por

²⁴ Desse modo, os recursos dos *royalties* relativos aos campos em atividade há mais tempo, como nos estados produtores do Rio de Janeiro e Espírito Santo, continuarão a ser aplicados pelos governos estaduais sem vinculações.

²⁵ Os “acordos de individualização da produção” são tratados no artigo 36 da Lei nº 12.351/10.

esse motivo, incumbe à ciência jurídica procurar sistematizar as normas que compõem o ordenamento, buscando conferir a necessária operatividade à legislação que disciplina a exploração petrolífera no país.

Até o presente momento, o Parlamento e o Executivo não têm se mostrado hábeis na tarefa de editar uma norma com vistas ao atendimento dessa exigência constitucional. É o que se observou durante a tramitação do PLS nº 448/2011, bem como após sua publicação em forma de lei (Lei nº 12.734/2012), momento em que os discursos eloquentes se voltaram para a declaração de sua inconstitucionalidade.

O novo marco regulatório vem apenas reparar uma deturpação injustificada instaurada pelos dispositivos atualmente vigentes. Nesse impasse, os argumentos focam no resgate dos princípios e das características do federalismo cooperativo adotado pela Constituição de 1988. A destinação equitativa dos recursos provenientes de uma riqueza de propriedade da União a todos os estados e municípios brasileiros é um importante instrumento conferido por esse mesmo federalismo para o fim das desigualdades entre os entes federados.

Tamanha obstinação por essa questão se explica pela cifra bilionária que o Governo Federal e, conseqüentemente, as demais unidades da federação esperam obter com a descoberta e a viabilidade da exploração do petróleo e do gás na camada do pré-sal.

Não se pretende, contudo, apresentar respostas definitivas às oposições descritas no corpo deste trabalho, ou construir uma única via interpretativa capaz de solucionar o problema. O que se quer, na verdade, é suscitar o debate público sobre o tema, transportando-o também para o âmbito das preocupações dos juristas e dos aplicadores do Direito.

Por fim, outro desafio a ser enfrentado é a regulamentação da destinação dos royalties por políticas públicas que atendam e garantam seus reais

destinatários: a presente e as futuras gerações (princípio da justiça intergeracional), tendo-se em vista que o petróleo é um recurso natural não renovável.

9. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Parecer. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal Atividade Legislativa. Projeto de Lei 5.938/2009. Emenda proposta pelos Srs. Humberto Souto e Ibsen Pinheiro. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7E835B4965803EEBC7DD2D47F041FC42.node2?codteor=724333&filename=EMP+387/2009+%3D%3E+PL+2502/2007>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. Senado Federal. Portal Atividade Legislativa. Parecer nº 750, de 2010. Redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 2010 (nº 5.940, de 2009, na Casa de origem). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79699&tp=1>>. Acesso em: 05 maio 2016.

CONTI, José Maurício. Federalismo fiscal e fundos de participação. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIMA, Paulo César Ribeiro. A situação econômica, financeira e operacional da Petrobras. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2015_447-situacao-da-petrobras-paulo-cesar-ribeiro-lima>. Acesso em: 05 maio 2016.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988. Parte IV. Brasília: UNB, 2010.

MACHADO, Luiz Henrique Travassos. Federalismo e os royalties do petróleo. Revista tributária e de finanças públicas, São Paulo, vol. 98, maio/jun. 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de direito financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PETROBRAS, Petróleo Brasileiro S. A. Marco regulatório de exploração e produção de petróleo e gás: perguntas e respostas. Disponível em: <http://fatosedados.blogspetrobras.com.br/wp-content/uploads/2009/10/Perguntas-e-respostasOTI_FINAL.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.

THOMSON REUTERS. Pré-sal do Brasil contém 176 bi de barris de petróleo e gás, diz estudo. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKCN0QF29920150810>>. Acesso em: 05 maio 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.