



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Royalties do Petróleo
Direito Adquirido, o Novo Regime de Participação e a Constitucionalidade da Lei
nº 12.734/2012

Michel Rangel Cury

Rio de Janeiro
2015

MICHEL RANGEL CURY

Royalties do Petróleo
Direito Adquirido, o Novo Regime de Participação e a Constitucionalidade da Lei
nº 12.734/2012

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

ROYALTIES DO PETRÓLEO: DIREITO ADQUIRIDO, O NOVO REGIME DE PARTICIPAÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N ° 12.734/2012

Michel Rangel Cury

Graduado pela UNESA – Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-Graduando pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A Lei 12.734/2012 instituiu um novo regime de participação dos *royalties* do petróleo. Contudo, o novo modelo conflita não apenas com o interesse econômico dos Estados produtores, uma vez que lhes destina parcela menor, mas, também, com a destinação tentada pela Constituição Federal dos *royalties*, bem como com a sua natureza jurídica. Tal divergência resultou na impetração da ADI nº 4917, a qual intenta a declaração de inconstitucionalidade da nova lei. Dessa forma, é necessário identificar os reais interesses por trás da alteração do regime atual de participação, bem como a real natureza atribuída pela Constituição Federal aos *royalties* petrolíferos, a fim de se determinar a validade do novo regime.

Palavras-Chave: Direito Tributário. Direito Constitucional. Direito Público. Royalties. Pacto Federativo. Constituição Federal. Lei 12.734/2012. ADI nº 4917. Supremo Tribunal Federal. Direito Adquirido. Encargo de Concessão. Compensação Financeira. Regime de Participação.

Sumário: Introdução. 1. Da Natureza Jurídica dos Royalties 2. Da Problemática da Violação à Segurança jurídica e o Princípio da Lealdade federativa 3. O Novo Regime de Participação e a Constitucionalidade da Lei 12.734/2012. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico possui como objeto de pesquisa os Royalties do Petróleo, os quais se inserem entre as matérias de maior discussão e relevância no cenário político e econômico nacional. A sua adequada compreensão depende de múltiplos aspectos da Constituição Federal e do próprio Direito Constitucional como campo de estudo, focando-se, sobretudo, no pacto federativo e na própria natureza jurídica dos Royalties.

Com o advento da Lei 12.734/2012, a qual se pretende discutir, um novo regime jurídico de participação na receita dos Royalties foi instituído, estabelecendo-se a repartição igualitária das receitas destes provenientes entre todos os Estados da Federação, causando um grave déficit orçamentário aos Estados produtores, sobretudo, ao Estado do Rio de Janeiro.

Essa mudança desencadeou uma série de discussões acerca da constitucionalidade da nova lei. Dentre os argumentos utilizados pelos Estados produtores, está a tese do direito adquirido ao regime jurídico anterior, já que, firmado na premissa da segurança jurídica, já repousam grande parte de seu orçamento na receita oriunda desta fonte.

Para o alívio dos Estados produtores de petróleo, a decisão proferida pela Ministra Carmen Lúcia, na condição de Relatora, deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917, a qual também será aqui debatida e discute a constitucionalidade da nova lei instituidora do inédito modelo de participação, suspendendo a eficácia da Lei 12.473/2012 até o julgamento definitivo do referido processo. Contudo, o assunto é amplamente controvertido e ainda está distante de um termo.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando e detalhando a natureza jurídica dos Royalties do Petróleo, bem como as alterações promovidas no regime de distribuição pela Lei 12.743/2012.

A seguir, pondera-se sobre a possível violação à segurança jurídica aos direitos dos Estados Produtores, bem como se lhes ofende a nova lei deixa de observar a lealdade devida entre os entes federativos.

No terceiro capítulo, afere-se as efetivas alterações promovidas pela Lei 12.734/2012, bem como conclui acerca da constitucionalidade ou não da lei. Esse capítulo tem como escopo comprovar o grande prejuízo que deverá ser suportado pelos Estados produtores, em nome de uma repartição, em tese, mais igualitária, mas que viola não apenas o §1º do art. 20 da CRFB/1988, mas, também, o pacto federativo.

O quarto capítulo, por sua vez, converge a conclusão de todos os capítulos anteriores, sintetizando o artigo científico e propondo uma solução ao atual embate jurídico e crise federativa.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1.DA NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES

Os Royalties do Petróleo são o centro de uma batalha judicial e política entre os Estados da Federação. Busca-se com a Lei 12.734/2012 (suspensa em decisão cautelar proferida na ADI nº 4917) redefinir os critérios de participação nos Royalties dos Estados, passando à distribuição igualitária entre todos os entes federativos, e não mais apenas àqueles onde a produção ocorria. Tal pretensão se baseia, sobretudo, na natureza jurídica dos *royalties*.

Contudo, o próprio caráter legal dos *royalties* encontra ampla divergência doutrinária e jurisprudencial. Esse cenário contribui para o clima de incerteza que paira sobre os interessados na distribuição dessa fonte orçamentária, uma vez que cada parte atribui a interpretação que melhor lhe assiste.

Uma das modalidades mais antigas de pagamento, a noção de Royalty possui procedência histórica na remuneração devida a um senhor de terras, usualmente o rei, pela exploração dos recursos minerais localizados em suas terras. Esse conceito se estendeu no século XX a outras atividades exploratórias minerais e não renováveis, tais como o petróleo e o gás natural.¹

No Brasil, a distribuição de participações ou compensações a Estados e Municípios em razão da exploração econômica do petróleo e do gás natural coincide com a criação da

¹ CAIADO, Ronaldo. *Entenda Tudo Sobre os Royalties do Petróleo*. Disponível em: <<http://www.ronaldocaiado.com.br/entenda-tudo-sobre-os-royalties-do-petroleo/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

Petrobrás, ou seja, com o início da indústria petrolífera nacional. A Lei 2.004/1953, criadora da Petrobrás e que dispunha acerca da Política Nacional do Petróleo, em seu art. 27, previa o dever de pagar indenização, equivalente a 5% sobre o valor do produto explorado, aos Municípios, Estados e Territórios onde a extração de petróleo, xisto betuminoso ou gás natural tivesse lugar.²

Ao início da exploração marítima do petróleo, na década de 1980, foi estipulado pela Lei nº 7.453/85 que deveria haver compensação também nas hipóteses em que o óleo ou gás fossem provenientes da plataforma continental. No ano de 1986, a Lei nº 7.525 veio a determinar que não apenas os Municípios que possuísem instalações relacionadas à produção e ao seu escoamento, mas também os Municípios limítrofes que suportassem as consequências sociais ou econômicas da produção e exploração petrolífera, teriam direito a percepção dos *royalties*.³

Posteriormente, o art. 20, §1º, da CRFB/1988 veio assegurar a participação aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgão 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.

Em virtude do que sempre preconizou a legislação e da parte final do §1º do art. 20 da CRFB/1988, no sentido da destinação desses valores para a compensação dos impactos nocivos causados ao meio ambiente, decorrente das atividades exploratórias dos recursos naturais compreendidos no supracitado artigo constitucional, muitos defendem, principalmente os Estados produtores, o caráter indenizatório dos *royalties*.

² BARROSO, Luis Roberto. Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do Petróleo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 197, ano 2013.

³ *ibid.*, p.197

Essa é a tese até a presente data abarcada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o Ministro Edson Vidigal⁴, justifica-se o pagamento dos *royalties* como figura reparatória, ao promover aos governos locais verbas destinadas a financiar investimentos que venham a gerar renda alternativa às “riquezas exauridas” pela exploração dos recursos naturais. Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Luiz Fux⁵, à época integrante do STJ, julgou ser através de *royalties* a compensação aos municípios inundados pela construção de hidrelétricas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Ellen Gracie⁶ também se posicionou no mesmo sentido, interpretando o §1º do art. 20 da CRFB/1988 no sentido de que a reparação dos prejuízos nas hipóteses nele elencadas deve ser realizada por meio de participação ou compensação financeira.

No entanto, há outra vertente doutrinária e jurisprudencial que concede natureza jurídica de receita originária aos *royalties*. Essa corrente é a utilizada para legitimar a Lei 12.734/2012, ao estabelecer um novo regime de participação dos entes federados sobre os *royalties*.

A receita originária é aquela advinda da exploração econômica concretizada pelo Poder Público, por meio de seu patrimônio, do exercício de atividades industriais ou comerciais. Nesse diapasão, não se poderia admitir que os *royalties* significassem compensação ou preço pela utilização dos recursos, uma vez que, nesse caso, deveriam ser calculados segundo valores condizentes com o colapso desses mesmos recursos. Em outras palavras, os *royalties* não

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AgRg na SL n. 79, Corte Especial/RJ, Rel. Min. Edsno Vidigal *apud* Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Suspensão de Liminar de Sentença nº 1.201 – PE, Rel. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <http://dj.stj.jus.br/20090323.pdf>>, acessado em 28/08/2015

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 401.998/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7487936/recurso-especial-resp-401998-mg-2001-0195098-8/relatorio-e-voto-13118604>>, acessado em 28/08/2015

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 253.906, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740845/recurso-extraordinario-re-253906-mg>>, acessado em 28/08/2015

representariam o valor do recurso natural em seu estado bruto (que é, efetivamente, o bem da União), mas a participação no resultado da exploração desse bem, ou seja, receita originária.⁷

Não obstante esse respeitável entendimento, dá-se razão à primeira interpretação, qual seja, a que os *royalties* possuem natureza jurídica indenizatória. Em verdade, não se confundem no §1º do art. 20 da CRFB/1988 a “participação” e a “compensação”, nem tampouco se excluem. A compensação, por óbvio, possui natureza indenizatória *royalties*, sempre relacionada à existência de algum dano, ao passo que a participação prescinde da ocorrência de prejuízo: traduz-se, simplesmente, numa fração de uma vantagem econômica que se justifica pela dominialidade pública do bem explorado.⁸

Dessa forma, não se pode ignorar o peso da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo a favor dos Estados Produtores, os quais, aparentemente, segundo esta interpretação, possuem não apenas o melhor interesse, mas o melhor direito.

2.DA PROBLEMÁTICA DA VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E DO PRINCÍPIO DA LEALDADE FEDERATIVA

Dentre as problemáticas suscitadas na ADI nº4917, a análise de dois segmentos argumentativos tomam significativa relevância, quais sejam, a extensão das mudanças para os contratos de concessão anteriores à sua vigência e a violação ao dever de lealdade federativa.

Embora não trate do mérito do diploma legal, a incidência das alterações no regime de participação substância em uma suposta invalidade das mudanças promovidas para as concessões firmadas anteriormente à vigência da nova lei de distribuição dos *royalties*, violando, dessa forma, as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico acabado, da se-

⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. OLBERTZ, Karlin. Federação e Royalties. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p. 53

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo. Saraiva, 2014, p. 722

gurança jurídica e aos princípios da responsabilidade fiscal, do equilíbrio econômico-financeiro e da boa-fé.⁹

Conforme entendido pela Ministra Carmen Lúcia¹⁰, decorrem das concessões já firmadas direitos que ingressaram no patrimônio das pessoas federadas e que, mesmo que venham a ser percebidas parcelas futuramente, originam-se estas de processos já firmados, aperfeiçoados de acordo com as normas vigentes ao momento de sua realização. Incidir a nova legislação a estes atos já findos configuraria verdadeira retroação, ou seja, dotar de efeitos pretéritos atos e processos acabados de acordo com o direito, violando o conteúdo do inciso XXXVI do art. 5º da CRFB/1988.

Em contrapartida, aqueles interessados no novo regime de participação citam o art. 47 da Lei 9.478/97, o qual determina que “os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural”.

Como se pode extrair do texto legal, os *royalties* são pagos a *posteriori* da extração do petróleo. Assim sendo, a existência de um campo de extração não implicaria, necessariamente, no pagamento de *royalties*, se nenhum petróleo viesse a ser dele extraído.

Dessa forma, como o pagamento dos *royalties* não coincidiria com a firmação do contrato de concessão, mas sim, com a extração e processamento do óleo, de forma periódica, a conclusão é no sentido de que essa remuneração seria regida pela lei vigente ao tempo.

No entanto, tampouco essa tese, por mais legítima que aparente ser, merece florescer. Em verdade, o novo critério de repartição das receitas oriundas do petróleo com efeito retroativo, atingindo os contratos de exploração já vigentes, comprometem os planos de ação go-

⁹ DE OLIVEIRA, Samuel Cunha. *A Distribuição dos Royalties do Petróleo Entre os Entes Federados*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>> , acessado em: 01/09/2015.

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF , Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226246/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4917-df-stf>, acessado em: 30/09/2015

vernamentais a médio e longo prazo, ordenados tanto nas esferas estaduais quanto nas municipais, formulados contando com esses recursos.

Inegável a constatação de violação ao princípio do direito adquirido, bem como à segurança jurídica, uma vez que eventual alteração no regime, principalmente sobre os contratos já vigentes, forçarão os entes federativos prejudicados a rever os planos governamentais e orçamentários.¹¹

Portanto, acertadas as considerações traçadas pela Ministra Carmen Lúcia no âmbito da ADI nº 4917.

Outro prisma pelo qual deve ser interpretada a constitucionalidade da Lei 12.734/2013 e, talvez, o mais importante, é o do princípio da lealdade federativa. Também entendido como o “princípio da conduta federativa amistosa”, originou-se este do direito constitucional alemão, reconhecendo-o o Tribunal Constitucional Federal Alemão como um preceito constitucional não escrito ou implícito.¹²

Em outros termos, afirma-se configurar um dever jurídico, fundamentado na boa-fé, de não apenas a União, mas sim, todos os Estados adotarem posturas condizentes com o sistema federalista. Nesse feito, as relações entre os entes federativos, destacando-se, aqui, as ocorrentes entre os Estados-membros, pautam-se pela postura minimamente leal para com os demais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se vislumbra expressa menção ao princípio da lealdade federativa nas decisões da Corte. No entanto, evidencia-se o conteúdo principiológico nele contido em inúmeros julgados, como, por exemplo, nas decisões que tratam

¹¹ HARADA, Kiyoshi. *A Confusa Divisão dos Royalties do Petróleo*. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/admin/uploads/artigo_aconfusadivisaodosroyaltiesdopetroleo.pdf>, acessado em: 01/09/2015

¹² LEONCY, Leo Ferreira. *Apreciação do RDC Pelo Supremo Deverá Considerar a Lealdade Federativa*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=2#_ftn10> Acessado em: 01/09/2015.

da guerra fiscal, na medida em que deve se estabelecer uma conduta amistosa entre os Estados.

O STF, ao julgar concessão unilateral de desoneração de tributo por um Estado federado, enquanto a vigência de benefícios similares concedidos por outros perdurar, entendeu o Supremo que o “propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidade não se compensam”¹³

Também oriundo de interpretação que se coaduna com o princípio da lealdade federativa, localiza-se o entendimento que culminou na Súmula Vinculante nº 30¹⁴:

É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios.

Em tempo, é inerente ao sistema federativo a lealdade entre os entes. Preceitua a Constituição Federal, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel entre os Estados, Municípios e Distrito Federal, não admitindo-se que atuem estes como se inimigos fossem, ou mesmo estranhos entre si. É imprescindível que a convivência federativa se estabeleça pela harmonia e pelo equilíbrio, possibilitando a mútua confiança e apoio institucional, sob pena de esfacelamento do sistema federativo, que, assim, o será apenas ideologicamente, mas não pragmático.

Materialização do desrespeito ao princípio da lealdade federativa se faz evidente quando o valor que deixará de ser arrecadado pelos Estado e Municípios produtores e o que será redistribuído aos demais entes federativos são confrontados. Com exceção do Estado de São Paulo, os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo dependem em grande parte da receita provinda dos *royalties* petrolíferos. Retirar desses entes tamanha receita, sobretudo de contratos já firmados, seria condenar à estagnação e ao colapso financeiro os Estados produtores,

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI: 2377 MG , Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752024/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2377-mg>>, acessado em: 01/09/2015

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 572762 SC , Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546141>>, acessado em: 01/09/2015

sem que, contudo, a nova receita adquirida pelos demais seja de relevante valor para a redução das desigualdades regionais.

Por fim, conveniente a reprodução do voto do Ministro Gilmar Mendes, no qual disserta sobre o princípio da lealdade federativa:

Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, e não apenas político e moral.¹⁵

Diante de tais argumentos, inegável se faz não apenas a inconstitucionalidade material da Lei 12.734/2012, mas também a estampada má-fé exibida pelos seus autores, visando apropriar-se de receita devida a alguns Estados, em detrimento da saúde financeira e econômicas destes.

3.O NOVO REGIME DE DISTRIBUIÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.734/2012

O recente interesse em rever a destinação dos *royalties* do petróleo possui com o descobrimento a descoberta das massivas reservas de óleo na camada do pré-sal brasileiro. A primeira medida lógica a ser tomada seria a edição de nova legislação, atualizada, apta a regulamentar a futura exploração do pré-sal. Diante da imensa expectativa de receita oriunda das camadas mais profundas do oceano, os entes federativos correram a tentar reivindicar maior parcela das receitas advindas desta fonte.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet: 3388 RR, Rel. Carlos Britto (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20et%20%203388>>, acessado em: 01/09/2015

Importante sinalizar que o preceito de exploração e produção era regulamentado pela Lei 9.478/1997 (dispõe sobre a política energética nacional) e pela Lei 12.351/2010 (dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, dentre outros hidrocarbonetos, no pré-sal brasileiro).

Contudo, não se sustentaria a antiga sistemática por muito mais tempo, após o anúncio do pré-sal, diante do crescente interesse dos estados federados não produtores em garantir uma distribuição que melhor servisse aos seus interesses.

Assim, promulgou-se a Lei 12.374/2012, cujo principal impacto seria o de fundar um sistema oposto ao anterior, descentralizando as receitas dos *royalties*, destinando-o, como alegam os defensores do novo regime, de modo mais justo e igualitário.

De acordo com a Lei 12.734/2012, o percentual destinado aos estados produtores sofreria um declínio, passando de 26,25% do prévio regime, para 20% no atual, e pelos municípios confrontantes ou afetados, os quais passariam de 25,25% para 17%, e de 8,75% para 2%. Ao mesmo tempo, os estados e municípios antes agraciados com 8,75%, passariam ao patamar de 40%.

Ainda, a nova lei incrementa o número de municípios agraciados pelos *royalties* originados da exploração petrolífera, incluindo no §7º do art. 49 da Lei 9.478 aqueles que possuem pontos de entrega à concessionária de energia. Destaca-se que esses municípios não apresentam riscos inerentes à atividade de exploração petrolífera.

¹⁶Por influência dos interesses envolvidos, a discussão acerca da validade da lei era fatal. Ainda no ano de sua edição, inúmeras ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, já havendo diversos questionamentos prévios em virtude da nova redação assumida após a derrubada dos 142 vetos presidenciais pelo Congresso Nacional. A partir daí,

¹⁶ MARQUES, José Carlos; GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa. *A Lei Federal nº 12.734/2013 e o Novo Regime de Distribuição dos Royalties: Uma Análise à Luz das Controvérsias Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>>. Acessado em 15/09/2015

Estados produtores, sobretudo o Rio de Janeiro e o Espírito Santo, inconformados como a nova redação afetaria o sistema de partilha dos *royalties*, propuseram ações diretas de inconstitucionalidade, com destaque para a ADI nº 4917.

¹⁷Alega o Governador do Estado do Rio de Janeiro, autor da ADI 4917:

o pagamento de *royalties* e participações especiais insere-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural. Há ainda uma tese de menor abrangência, referente à absoluta ilegitimidade da aplicação do novo regime às concessões firmadas anteriormente à promulgação da Lei Federal n. 12.734/2012.

¹⁸Por outro lado, aqueles que defendem a constitucionalidade da lei prezam pela legitimidade do Congresso Nacional para propor e alterar leis que disponham sobre os critérios de distribuição da participação no resultado ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, garantidas as receitas de Estados e Municípios confrontantes e áreas geoeconômicas.

Em tempo, alegam os filiados a essa tese, que o petróleo, bem como todas as riquezas localizadas no subsolo, são de propriedade da União, não possuindo os estados produtores qualquer direito sobre os *royalties* a título de compensação, tendo em vista que devem ser destinados à primeira. Dessa forma, derivariam os frutos de uma riqueza pertencente à Nação, sendo este o verdadeiro sentido do art. 20 da CRFB/1988.

Em adição, sustentam que, em relação à impossibilidade de retroação da lei aos contratos já vigentes, pelos *royalties* serem recolhidos mensalmente, é a extração que enseja o recolhimento da compensação, renovando-se essa cada vez que é feita e, portanto, podendo vir a sofrer alteração imediata sobre ela¹⁹.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4917liminar.pdf>> Acessado em 15/09/2015

¹⁸LIMA, Paulo César Ribeiro. *Os "Royalties do Petróleo", a Lei 12.734/2012 e a Ação a Ser Julgada Pelo STF*. Disponível em: <<http://www.aslegis.org/2013/04/os-royalties-do-petroleo-lei-n.html>> Acessado em 15/09/2015

¹⁹BORJA, Célio. Parecer. O regime jurídico do petróleo e gás natural. O regime jurídico do petróleo e gás natural. Inconstitucionalidade de lei que destina a Estados não produtores parte da participação dos Estados produtores no resultado da exploração de petróleo e gás natural. A norma do artigo 64, da Lei nº 12.351, de 2010, e a

No entanto, não jaz com estes últimos o melhor direito. Os bens públicos e o direito de deles usufruir integram o domínio originário de seus titulares e são partilhados pela própria Constituição, e não pela União. Essas disposições encontram-se revestidas pelo status de cláusula pétrea do §4º do art. 60 da CRFB²⁰:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;

Firmada está, assim, a perpetuidade da união federativa, tornando inalteráveis os direitos e deveres atribuídos aos entes federados.

Em relação aos Estados e Municípios produtores, estes recebem a participação e compensação pela produção de petróleo e gás natural em terra e no mar, na forma determinada pela própria Constituição, no §1º do art. 20:

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.

²¹Como se observa, a Constituição não reparte a participação na produção nem compensação financeira a entes federativos cujos territórios o petróleo e o gás não são extraídos ou que não apresentam delimitação geográfica com as áreas exploradas, nem concorrem operacionalmente para a produção, uma vez que esses direitos são territoriais e decorrem, como já apontado, da confrontação com as jazidas exploradas. Inexistindo essas vinculações topográficas, produtivas e operacionais, não faz jus (nem sentido) a ocorrência de compensação financeira.

violação à segurança jurídica, à 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 de proteger o meio ambiente. Rompimento do pacto federativo pelas disposições do aludido artigo 64. Inconstitucionalidade de 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. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. *Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro*, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 143, ano 2013.

²⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acessado em 15/09/2015

²¹ BORJA,, op. cit. p. 144.

²²Outro aspecto do §1º do art. 20 da Constituição é o seu objetivo de compensar os Estados produtores pela incidência do ICMS não na origem, como normalmente ocorre, mas sim, no destino da operação. Assim, é evidente que as parcelas criadas para atender ao §1º do art. 20 devem ser tais que compensem os Estados destinatários aturais dos *royalties* pelo ICMS que deixaram de recolher. Esta é a função das participações especiais: se a produtividade e rentabilidade no campo de extração são tão volumosas, também o serão os valores decorrentes da incidência do ICMS.

Antes de concluir o capítulo, há importante observação a ser feita. Nada do que foi dito aqui inspira que à União seria vedado alterar o regime de exploração do petróleo ou as parcelas devidas a título de compensação ou participação em todas as hipóteses previstas atualmente, uma vez que não fora o tema esgotado pela Constituição. No entanto, não significa que a competência legislativa do Congresso Nacional está liberada de qualquer limitação, muito pelo contrário. Não se pode perder de vista que o que se encontra na balança são receitas originárias de entes estatais e o equilíbrio e a saúde de suas contas. Inverter o significado conferido pelo Constituinte Originário ao termo “compensação” do §1º do art. 20 implicaria em burlá-lo, e não na “promoção da igualdade regional” como querem fazer crer.

CONCLUSÃO

É possível que o empasse criado pelos *royalties* de petróleo não veja o seu fim tão cedo. A recente desvalorização do barril do petróleo, os altos custos de se extrair o óleo de uma camada tão profunda e inacessível como o pré-sal, a recente crise política que se instalou na Petrobrás e no Congresso Nacional e a instabilidade econômica que aflige o país parecem

²² BARROSO, Luis Roberto. Federalismo, Lealdade e Petróleo, ainda uma vez. Inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devida aos Estados. Interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010. Parecer de 30 de dezembro de 2010. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 155, ano 2013.

ter deixado o interesse na redistribuição das receitas oriundas do petróleo em segundo plano, pelo menos, por enquanto.

Ainda, com o STF inundado por denúncias de corrupção e demais ações com grande interesse político, é presumível que a ADI nº 4917 não venha a ter o seu mérito julgado tão cedo.

No entanto, a conclusão não pode se distanciar de alguns pontos.

Primeiro, a distribuição de *royalties* e participações especiais fundamentados em critérios de repartição do Fundo de Participação do Estados (FPE), encontra-se eivado de inconstitucionalidade, por violar a igualdade entre os Estados, contrariando, por conseguinte, critério determinado pela Constituição.

Segundo, se a legislação vindoura dispuser não apenas sobre os *royalties* relacionados aos contratos futuros, mas também acerca das receitas devidas nativas dos contratos já vigentes, estará se violando o princípio da segurança jurídica, uma vez que impedirá os Estados produtores de cumprir com as obrigações assumidas e de realizar políticas públicas com as quais se comprometeu, além dos riscos de insolvência e inadimplência relacionadas com as metas orçamentárias.

Por fim, impensável a constitucionalidade das alterações propostas, posto que violam o princípio federativo, na medida em que descontrói a lealdade que se devem os entes federativos mutuamente a supressão de receita imprescindível para a autonomia e saúde financeira de Estados Federados.

Ainda, constitui como um dos objetivos do §1º do art. 20 da CRFB/1988 compensar os Estados produtores pela incidência do ICMS no destino da operação, e não em sua origem. Evidente, portanto, que as parcelas devem ser tais que compensem os Estados destinatários dos *royalties* pelo ICMS que deixaram de recolher. Esta é a função das participações especi-

ais: se a produtividade e rentabilidade no campo de extração são tão volumosas, também o serão os valores decorrentes da incidência do ICMS.

Dessa forma, reitera-se a conclusão explicitada, pela inconstitucionalidade da Lei 12.734/2012, ou, de forma mais clara, o novo regime de participação sobre os *royalties* do petróleo da forma por ela estabelecida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do Petróleo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 197, ano 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Federalismo, Lealdade e Petróleo, ainda uma vez. Inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devida aos Estados. Interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010. Parecer de 30 de dezembro de 2010.* Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 155, ano 2013.

BORJA, Célio. *Parecer. O Regime Jurídico do Petróleo e Gás Natural (...)*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 143, ano 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AgRg na SL n. 79, Corte Especial/RJ, Rel. Min. Edsno Vidigal *apud* Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Suspensão de Liminar de Sentença nº 1.201 – PE, Rel. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <http://dj.stj.jus.br/20090323.pdf>>, acessado em 28/08/2015

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 401.998/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7487936/recurso-especial-resp-401998-mg-2001-0195098-8/relatorio-e-voto-13118604>>, acessado em 28/08/2015

_____, Supremo Tribunal Federal. RE n. 253.906, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740845/recurso-extraordinario-re-253906-mg>>, acessado em 28/08/2015

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF , Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226246/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4917-df-stf>, acessado em: 30/09/2015

_____, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI: 2377 MG , Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752024/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2377-mg>>, acessado em: 01/09/2015

_____, Supremo Tribunal Federal. RE: 572762 SC , Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546141>>, acessado em: 01/09/2015

_____, Supremo Tribunal Federal. Pet: 3388 RR , Rel. Carlos Britto (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>, acessado em: 01/09/2015

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/adi4917liminar.pdf>> Acessado em 15/09/2015

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acessado em 15/09/2015

CAIADO, Ronaldo. *Entenda Tudo Sobre os Royalties do Petróleo*. Disponível em: < <http://www.ronaldocaiado.com.br/entenda-tudo-sobre-os-royalties-do-petroleo/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al., *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 722

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. OLBERTZ, Karlin. Federação e Royalties. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53

HARADA, Kiyoshi. *A Confusa Divisão dos Royalties do Petróleo*. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/admin/uploads/artigo_aconfusadivisaodosroyaltiesdopetroleo.pdf>, acessado em: 01/09/2015

LEONCY, Leo Ferreira. *Apreciação do RDC Pelo Supremo Deverá Considerar a Lealdade Federativa*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=2#_ftn10> Acessado em: 01/09/2015.

LIMA, Paulo César Ribeiro. *Os “Royalties do Petróleo”, a Lei 12.734/2012 e a Ação a Ser Julgada Pelo STF*. Disponível em: <<http://www.aslegis.org/2013/04/os-royalties-do-petroleo-lei-n.html>> Acessado em 15/09/2015

MARQUES JÚNIOR, José Carlos; GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa. *A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias*

sias constitucionais Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>>. Acessado em 15/09/2015

OLIVEIRA, Samuel Cunha de. *A Distribuição dos Royalties do Petróleo Entre os Entes Federados*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>> , acessado em: 01/09/2015.