



RDDPC

Revista de Direito Público
Contemporâneo

ISSN 2594-813X

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 04 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Jan/Jun 2020

Año nº 04 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Jan/Jun 2020

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Co-Editor | Coeditor:

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Sra. Camila Pontes da Silva.

Sr. Eric Santos de Andrade.

Sr. Jonathan Mariano.

Sra. Gabriela Vasconcellos.

Sra. Natalia Costa Polastri Lima.

Diagramação | Diagramación:

Sr. Daniel Pires Lacerda.

Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sra. Maria Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado e Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriapiri, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

**PARTILHA DOS ROYALTIES NO FEDERALISMO BRASILEIRO À LUZ DOS
JULGAMENTOS DAS ADI 4916/DF e 4917/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ACERCA DA LEI FEDERAL Nº 12.351/2010 E DA PROPOSTA DE
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 188/2019**

**SHARING OF ROYALTIES IN BRAZILIAN FEDERALISM IN THE LIGHT OF
THE JUDGMENTS OF ADI 4916 / DF and 4917 / DF BY THE SUPREME
FEDERAL COURT ON FEDERAL LAW No. 12.351 / 2010 AND THE
PROPOSAL FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT No. 188/2019**

**Emerson Affonso da Costa Moura¹
Marcos Costa Leite²**

RESUMO: A análise da situação do regime de partilha dos royalties instituído pela lei federal nº 12.351 de 2010 diante da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4916/DF e 4917/DF, bem como, da proposta de emenda constitucional nº 188/2019 é o tema posto em debate, a partir do estudo do regime federalista brasileiro que embora simétrico é marcado pela repartição de bens e partilha de competência desigual entre os entes federativos, do regime liberal de exploração da atividade econômica no Estado Brasileiro, porém, com a previsão do monopólio sobre bens e atividades estratégicas como o petróleo e seus derivados garantida a concessão na exploração e, por fim, da participação estatal nos resultados da produção com análise crítica do regime legal de partilha dos royalties entre os entes federativos à luz das ADI's e da PEC.

PALAVRAS-CHAVES: Federalismo; Petróleo; Royalties; Lei nº 12.351/2010; Proposta de Emenda Constitucional nº 188/2019.

ABSTRACT: Analysis of the situation of the royalty sharing regime instituted by federal law No. 12,351 of 2010 in view of the decision of the Supreme Federal Court in the judgment of direct unconstitutionality actions No. 4916 / DF and 4917 / DF, as well as the proposed amendment Constitutional No. 188/2019 is the subject of debate, based on the study of the Brazilian federalist regime, which, although symmetrical, is marked by the distribution of assets and the sharing of unequal competence among the federal entities, of the liberal regime for the exploitation of economic activity in the Brazilian State. however, with the

¹ Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

² Especialista em Direito Processual Civil. Advogado.

provision of a monopoly over strategic goods and activities such as oil and its derivatives, the concession on exploration is guaranteed and, finally, state participation in production results with a critical analysis of the legal regime for sharing royalties between federal entities in the light of the ADI's and the PEC.

KEYWORDS: federalism; oil; royalties; pre-salt; federal law no. 12.351, 2010

Data da submissão: 13/06/2020

Data da aprovação: 13/07/2020

1. INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro é marcado pelo sistema político federalista tipicamente simétrico com a garantia da autonomia político-administrativa dos entes federados, com a atribuição de regime de bens e partilha de competências entre os seus quatro níveis – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – embora na quadra atual com certa prominência da União que titulariza o maior rol de atribuições, dentre as quais, tributárias e maior acervo patrimonial.

Embora consagre um regime liberal de exploração da atividade econômica, que será exercida precipuamente pela iniciativa privada previu a Constituição Federal de 1988 o monopólio estatal sobre bens e atividades considerados estratégicas para a soberania do ente estatal, sem que isto impedisse a exploração através do sistema de concessão à agentes econômicos privados.

No que tange ao petróleo, o gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos previu a lei fundamental o monopólio a pesquisa e a lavra das jazidas, sua refinação, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades, o transporte marítimo, embora foi admitido por força da emenda constitucional nº 09 de 1995 a permissão para contratação de empresas estatais ou privadas para exercício dessas atividades.

Sob tal égide, dispôs a lei federal regulamentadora nº 9.478 de 1997 sobre a política energética e atividades relativas ao monopólio do petróleo prevendo que o contrato de concessão celebrado após o procedimento licitatório deverá prever as participações governamentais sobre as receitas

adquiridas com a exploração dentre as quais os royalties previstos para os entes produtores.

Em 2010, após a descoberta de uma área com reservas de petróleo definida como pré-sal entre os estados de Santa Catarina e Espírito Santos foi editada a lei federal nº 12.351 que dispõe sobre a exploração e a produção do petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como, o regime de partilha de produção nas respectivas áreas e a definição da compensação financeira devida ao ente estatal.

Neste tocante, embora os royalties tenham natureza compensatória aos entes federativos onde ocorre a produção dos respectivos recursos minerais pelos impactos ambientais e sociais relativos à sua exploração previu o respectivo regime legal instituído o pagamento não apenas para os Estados, Distrito Federal e Municípios produtores, mas a distribuição de parcela da receita governamental aos demais entes federativos.

Busca o presente trabalho analisar a situação do regime de partilha dos royalties instituído pela lei federal nº 12.351 de 2010 diante da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4916/DF e 4917/DF, bem como, da proposta de emenda constitucional nº 188/2019

De início, verifica-se as características do modelo federalista brasileiro que embora simétrico é marcado na quadra atual pela repartição de bens e partilha de competência desigual entre os entes federativos, de forma a concentrar na União maior espectro de atribuições e de acervo patrimonial que geram desequilíbrios na federação e resultam em maior dependência financeira dos demais entes federados.

Após, volta-se o trabalho na investigação do regime liberal de exploração da atividade econômica no Estado Brasileiro, com a previsão do monopólio para a União sobre bens e atividades estratégicas como o petróleo e seus derivados garantida a concessão da sua exploração à entidades públicas ou privadas, desde que garantida participação na exploração como compensação financeira pelos efeitos da atividade desenvolvida.

Por fim, concentra-se no estudo da participação dos entes federados nos resultados da produção com análise crítica do regime legal de partilha dos

royalties instituído pela lei federal nº 12.351 de 2010 à luz do artigo 20 §1º da Constituição Federal, inclusive, com espeques nas decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI 4916 e 4917 acerca da distribuição de parcela aos entes não produtores e da Emenda Constitucional nº 188/2019.

Utiliza-se como hipótese, que a melhor exegese dada a norma constitucional é aquela que garante a participação do resultado pela exploração no território do ente federativo apenas entre os Estados, Distrito Federal ou Municípios produtores e que a instituição de regime legal que dispõe de forma contrária, inclusive, para áreas já licitadas, importa em violação a princípios da segurança jurídica e da legalidade.

Para tanto, adota-se como metodologia neste trabalho, a crítica dialética, através da análise do regime federalista cooperativo e a distribuição de receita das suas atividades, do regime legal anterior dos royalties do petróleo e da proposta normativa após o pré-sal com adoção do meio de pesquisa bibliográfico, fundado na doutrina jurídica nacional, com uso da legislação e da jurisprudência quando necessários na fundamentação deste trabalho.

2. FEDERALISMO BRASILEIRO E PROEMINÊNCIA DA UNIÃO

Típico produto de transformação dos Estados Independentes sucessores das 13 Colônias norte-americanas, o federalismo é estrutura de sobreposição – onde cada cidadão se sujeita à ordem total e nacional e parcial e local – e de participação – com o poder político central sendo resultado da agregação dos poderes políticos dos Estados federados. (CANOTILHO, 1997, p. 143).

O modelo federativo é marcado por assegurar um complexo de atribuições políticas, administrativas e financeiras capaz de assegurar aos entes componentes do Estado que embora cedida parte da sua soberania para formar a federação guarde autonomia capaz de reservar uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada e preservação de suas características locais (DALLARI, 2005, p. 260-261).

Assim, assenta-se no princípio da igualdade jurídica entre os Estados federados, que não se limita apenas na aptidão de participação da vontade nacional no processo legislativo ordinário ou na constituinte de revisão ou reforma, tão pouco, na igualdade entre os cidadãos e reconhecimento de atos públicos, mas na relação isonômica que deve haver entre os entes federativos com a federação. (CANOTILHO, 1997, p. 143).

Em sua origem, o federalismo no Brasil não marcou a autonomia dos entes membros, mas serviu invariavelmente às oligarquias regionais que utilizaram o poder adicional recémconquistado como instrumento de dominação e perpetuação de seus grupos de interesse em âmbito local, além de reconduzir ao poder central às forças que exerciam in locus (BASTOS, 1999, p. 223).

Em sua evolução, não formou uma tradição federativa, com movimentos ao longo do Brasil República de centralização – com concentração de competências na União – e de descentralização – com rol de atribuições amplas aos Estados – sem que mesmo nos últimos, não se alcançou uma autonomia para os entes membros característica de um federalismo puro. Ao revés, o modelo brasileiro é marcado pela relativa de autonomia dos Estados Membros e o conseqüente fortalecimento da União (BASTOS, 1999, p. 233).

Na quadra atual, a Constituição de 1988 busca conferir maior autonomia aos Estados-Membros tentando um reequilíbrio federativo, a expansão da autonomia estadual em busca de um modelo cooperativo e a criação de novos níveis – o Município e o Distrito Federal – que denota a proposta de descentralização com a partilha de competência e rendas por todos os componentes da federação (FERREIRA FILHO, 2013, p. 89/90)

Embora a Carta de Outubro adote um sistema complexo de repartição de competência entre os entes componentes com fins de garantia do equilíbrio federativo, porém, resulta na técnica de enumeração dos poderes da União com a definição dos poderes remanescentes aos Estados e poderes indicativos para os Municípios, além da previsão de competências privativas, comuns e concorrentes. (SILVA, 2005, p. 479).

Assim, embora no federalismo a repartição de poderes autônomos constitui o núcleo do conceito de Estado Federal, no modelo brasileiro, a União

ficou bem aquinhoadada na partilha de competências com amplo rol de atribuições de natureza administrativa, legislativa e tributária, bem como, rol de bens, dentre os quais os recursos minerais como o petróleo (SILVA, 2005, p. 496).

No que tange as atribuições políticas compete à União, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, declarar a guerra e celebrar a paz, assegurar a defesa nacional, permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, além de decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal.

No que se refere as competências administrativas, por exemplo, autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico, emitir moeda, elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações.

No que concerne aos atributos tributários, cabe a União instituir impostos sobre importação de produtos estrangeiros, exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, propriedade territorial rural e grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

O Estado brasileiro na Constituição Federal de 1988 ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro. (BASTOS, 1999, p. 223).

É típico das constituições federais preveem, uma repartição de rendas, que vivifica a autonomia dos Estados-membros e os habilita a desempenhar as suas competências.

Neste tocante, por exemplo, a Constituição brasileira dispõe, inclusive, a repartição da receitas recolhidas pela União oriundas de impostos federais, favorecendo não somente os Estados, como, igualmente, os Municípios (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009 p. 849)

No que tange a divisão de rendas que trata da autonomia real dos Estados-Membros, portanto, discrimina amplas atribuições tributárias relativas a União, além de quotas de participação, em partilha que acaba por reduzir a autonomia dos demais entes que dependem dos auxílios da mesma que invade competências daqueles em prol desse auxílio (FERREIRA FILHO, 2012, p. 92).

Em tal vértice, embora a Constituição de 1988 tenha na crônica política de oscilações, reconhecido politicamente o ente local dotando de autonomia e atribuindo caráter de ente federativo (BONAVIDES, 2004, 346), é inexorável que a criação de distintos municípios no Brasil com atribuições tributárias reduzidas resultou em formação de entes sem autonomia financeira real que tornam-se dependentes de recursos públicos.

Embora os municípios tenham sido beneficiários da nova discriminação de receitas trazidos pela Constituição Federal de 1988, o sistema de partilha de competências político-administrativas com crônicas indefinições e superposições de atribuições, a existência de guerras fiscais devido a existência de alíquotas internas e interestaduais gerou distorções fiscais que traduzem em um colapso financeiro dos Estados e Municípios. (BARROSO, 2000, p. 109/110).

Ademais, a tradição centralizadora brasileira resultou em crises financeiras dos entes membros que para garantir a prestação dos seus serviços essenciais tiveram de aderir a projetos políticos da União, inclusive, celebrando contratos abusivos como a previsão de adimplemento da obrigação com os valores dos royalties do petróleo que faz jus o ente produtor. (ARAGÃO, 2010, p. 2).

Por efeito, embora o federalismo brasileiro seja formalmente simétrico com todos os entes federativos em relação de igualdade a concentração de competências na União acaba gerando dependência financeira que influencia no vértice político a autonomia do ente federado. Neste contexto, que se inserem as concessões de receitas, dentre as quais, o regime de partilha das

compensações oriundas da exploração do petróleo em regime de concessão. O tema será tratado a seguir.

3. EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO E REGIME DO PRÉ-SAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou o modelo liberal na ordem econômica com atuação precípua dos agentes privados na atividade econômica e papel de agente regulador do Estado no sistema econômico. De forma excepcional, garantiu a execução de atividades econômicas com exploração direta pelo ente estatal desde que presente razões imperativas de segurança nacional ou relevante interesse público. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 903 e 917)

Sobre certos bens e atividades a Constituição estabelece expressamente a propriedade e a exclusividade para o ente estatal. A Constituição federal distinguiu para efeitos de exploração ou aproveitamento os conceitos de jazida e solo, como dispõe o art. 176. Embora a propriedade abranja nos termos da lei civil o espaço aéreo e subsolo respectivos, quando houver em determinado local a presença de jazida mineral o subsolo será de propriedade da União e não do proprietário do solo, seja ele público ou privado.

Estipula, ainda, o artigo 177 que correspondem a monopólio da União as atividades relativas à pesquisa e lavra das jazidas, refinação, importação e exportação dos produtos derivados, bem como, o transporte marítimo respectivos, embora permitiu a lei fundamental a transferência à iniciativa privada não da jazida em si, mas da atividade econômica exploratória.

Em regulamentação ao preceito constitucional foi editada a Lei Federal n. 9.478 de 1997 que previu o modelo de concessão para o exercício delegado do monopólio da produção do petróleo. Sob tal regime, a exploração cabe por conta e risco do concessionário que fica em caso de descoberta com o resultado da produção cabendo o pagamento de royalties ao ente estatal (CARVALHO FILHO, 2012, p. 925).

O contrato de concessão se divide nas fases de exploração e produção de petróleo. A fase de exploração visa permitir que o concessionário consiga atingir o objeto do contrato, a produção. Do ponto de vista do concessionário, é

apenas com a produção que será possível obter o retorno do investimento e posteriormente lucrar com a atividade.

Já sob a perspectiva do Estado, o interesse recai sobre o bônus de assinatura, que é o valor pago pelo concessionário para ter o direito de explorar, pelos eventuais e futuros royalties, quando após a fase de exploração o concessionário obtém êxito, encontrando petróleo e conseqüentemente, deve pagar um percentual da produção e ainda as participações especiais, aqueles decorrentes de blocos de alta produtividade. (ARAGÃO, 2013, p. 487)

O modelo de contrato de concessão tradicional, utilizado no Brasil para os blocos de petróleo da camada pós-sal é considerado adequado na medida em que tratam de prospecções de altíssimo risco. Neste tipo de contrato, o licitante vencedor, paga determinado valor para obter o privilégio de pesquisa exploração de determinada área, sendo, portanto assumido pelo licitante todo o risco da operação.

Todavia, no que tange a camada pré-sal há riscos mínimos de pesquisa e exploração. Em decorrência dessas características geológicas, uma vez descoberta a camada pré-sal, foram suspensas todas as licitações dessas novas áreas e iniciou-se estudos a fim de definir novo marco regulatório contratual adequado ao baixo risco inerente à exploração e produção havendo forte tendência da União para exercício do monopólio. (ARAGÃO, 2013, p. 488).

Sob tal égide, o Congresso Nacional ciente das características dos contratos de concessão mais utilizados no mundo optou através da edição das leis nº 12.351, 12.304 e 12.276/10 por um modelo que combina características típicas de um contrato de partilha, com elementos de joint venture.

Por efeito, estão obrigatoriamente como partes a União, representada pela Estatal recém-criada denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural – Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA), a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, com um percentual mínimo de participação em 30% e sempre exercendo o papel de empresa operadora, isto é, a exploração do petróleo na camada pré-sal e por fim a empresa privada que for vencedora da licitação por meio da maior oferta à União após seu ressarcimento.

O modelo prevê ainda um Comitê Gestor das atividades de cada contrato, integrado pela Petrobras, pela licitante vencedora e pela PPSA, estatal com função híbrida e de certa forma contraditórias pela própria lei. É até certo ponto inspirado no modelo Norueguês no qual a Statoil, estatal que realiza função similar a Petrobras no Brasil, atua como operadora e licenciataria, atuando no mercado juntamente com outras empresas privadas. Nesse contexto, a PPSA terá prerrogativas importantes, como por exemplo, vetar decisões tomadas pelas partes contratadas em relação a bens e a serviços.

Por efeito, no Direito Brasileiro há três principais modelos contratuais de exploração e produção de petróleo e gás natural, o contrato de concessão, para áreas do pré-sal ou consideradas estratégicas pelo CNPE, em ambos os casos se ainda não tiverem sido concedidas e a cessão onerosa à Petrobras, nos termos acima expostos. (ARAGÃO, 2013, p. 491).

4. PARTILHA DOS ROYALTIES E REGIME DA LEI Nº 12.351/2010

Está previsto na lei do petróleo quatro formas básicas pelas quais o governo tem participação nos resultados da produção, a saber, o bônus de assinatura, os royalties, as participações especiais e a taxa de ocupação e retenção da área, sendo os royalties e as taxas de ocupação obrigatórios na totalidade dos contratos de concessão e o bônus de assinatura pago de forma integral na assinatura do contrato de concessão.

Os royalties constituem verba incidente sobre o bruto da produção mensal, cujos recursos são divididos entre Estados-membros e Municípios produtores e confrontantes. As participações especiais são compensações extraordinárias dadas ao Estado incidentes sobre os campos de alta rentabilidade. Este imposto é aplicado a partir de alíquotas que variam de acordo com normas que consideram a profundidade do campo e o volume de produção.

Neste tocante, a Lei n. 12.351 de 2010 ao dispor da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos no pré-sal previu novas regras de partilha dos royalties com a concessão além dos Estados e

Municípios produtores a formação de um fundo especial e a distribuição dos seus recursos aos entes federativos que não participavam da produção.

Tais alterações propostas são de relevância impar aos Estados-membros e municípios envolvidos uma vez que importa em redução de suas receitas e atinge nos termos do artigo 20 §1º da Constituição, o seu direito a “participação no resultado” ou “compensação financeira” como compensações aos referidos entes federativos por conta dos custos ambientais e sociais decorrentes das atividades petrolífera.

Inevitável, desconsiderar que as cidades onde ocorre a atividade petrolífera sofrem os custos ambientais e sociais em razão da maior demanda por serviços públicos, bem como, maior risco de desastre ambiental de proporções continentais, gerando custos estratosféricos para o Estado responsável, o que demanda alguma forma de compensação diante dos riscos e demandas ao qual se sujeita.

Por efeito, embora a norma constitucional enseje interpretação para incluir os entes federativos que não necessariamente participem da exploração do petróleo, tal exegese importa na concessão de compensação à ente federativo ao qual não houve uso de seu território tão pouco potencial dano ambiental o que enseja plena violação a isonomia no espectro material que devem existir entre os componentes na Federação.

Uma vez que a União é proprietária dos recursos minerais, só há sentido em tal vinculação específica em razão da natureza compensatória dos royalties, que se destinam aos entes estatais e aos órgãos onerados pela atividade econômica em questão. De fato, se é assim em relação ao próprio governo federal, não haveria razoabilidade em se aplicar lógica diversa aos Estados e Municípios. (BARROSO, 2010, p. 13).

O próprio regime em matéria de petróleo teve como objetivo preservar desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 tal característica de compensação. Tanto que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços para fins de petróleo e gás natural é cobrado no Estado de destino, uma vez que os Estados-membros produtores já se beneficiavam dos royalties recebidos em decorrência da exploração e produção do petróleo.

De tal sorte que os estados produtores recebem compensações financeiras, que têm a natureza de preços públicos pela utilização de recursos naturais situados em seus territórios, justificando-se como contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte. (SILVA, 2005, p. 258).

V. O JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADI 4916/DF e 4917/DF

Diante deste novo cenário de distribuição de royalties e participações especiais, implementado pelo regime de partilha, disciplinado pelas leis 12.351/10, 12.276/10 e 12.734/12, os Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro, propuseram as ADI 4916/DF e 4917/DF, questionando a constitucionalidade de vários dispositivos desses diplomas legais.

O Espírito Santo argumentou que a alterações introduzidas pela lei 12.734/12 ao regime de concessão atual, inauguram nova disciplina jurídica para distribuição de royalties e partições especiais aos Estados e Municípios, que não observava a necessária isonomia entre os entes federativos, prevista na Constituição.

Aduziu que o novo regime alterava substancialmente os percentuais dos royalties devidos aos Estados produtores, além de prever redução gradual dos percentuais relativos aos contratos já em vigor, sob a égide do atual regime, com efeitos a partir de 2012, ano de sua publicação, até o ano de 2020.

Prevendo o impacto das alterações do novo regramento, o ente federativo requereu, por meio de medida cautelar, a manutenção do regime atual de concessão regulado pela lei 9.478/97, por ofensa aos princípios federativo, da segurança jurídica e da isonomia.

Entretanto, estes não foram os únicos elementos trazidos à cautelar, pois, no que tange aos critérios de distribuição de royalties e participações especiais disciplinados pelo novo regime e aplicáveis aos chamados Estados e

Municípios não produtores, o legislador ordinário optou por aqueles previstos no Fundo Nacional de Participação dos Municípios - FPM.

Contudo, os critérios escolhidos foram, pelo menos em tese, considerados inconstitucionais pelo STF³, pois o Supremo decidiu em casos análogos que a escolha não atendia a vontade do legislador constituinte, por não considerarem o art. 161, II da Constituição que impõe critérios de rateio que visem promover o equilíbrio sócio econômico entre Estados e entre Municípios.

Por fim, mas não menos relevante, o ente federativo justifica o pedido cautelar demonstrando a magnitude do impacto financeiro nas contas do Estado, caso sejam aplicadas as novas regras de imediato.

Afirma que a manutenção dos serviços básicos de educação, segurança, saúde e assistência social estariam ameaçados ante a perda de arrecadação em royalties e participações especiais da ordem de 23.700.000.000,00 (vinte e três bilhões e setecentos milhões de reais) entre os anos de 2012 a 2020.

Na mesma seara, o Estado do Rio de Janeiro, como um dos principais Estados produtores, se posicionou contrário às novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais, introduzidas pela Lei Federal n. 12.734/12.

No entanto, seu inconformismo foi fundamentado principalmente pela ofensa ao tratamento materialmente isonômico, inerente ao princípio constitucional do pacto federativo. Na ADI 4917/DF, argumentou que o pagamento de royalties e participações especiais é uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo, pois no caso, o imposto é pago no Estado de destino, e não no Estado de origem.

Sendo assim, a lei estabelece nova forma de rateio das participações para entes federados que já se beneficiam de regra especial quanto à incidência de ICMS, privilegiando Estados e Municípios não produtores, que, evidentemente, não sofrem os impactos decorrentes da exploração.

Argumentou que os royalties e participações especiais envolvem, por força do art. 20, § 1º, da Constituição uma compensação pelos ônus

³ ADIN: nº 875; ADIN nº 1.987; ADIN nº 2.727; ADIN nº 3.243

ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural.

Acrescenta, na mesma linha abordada pelo Estado do Espírito Santo, que a nova lei não excepciona sequer os contratos já em curso, em flagrante ofensa à segurança jurídica. Isto porque os contratos regularmente celebrados e alicerçados na boa fé objetiva das partes contratantes possibilitaram decisões à longo prazo que impactam na responsabilidade fiscal do ente contratado.

A estimativa apontada revela que o Estado do Rio de Janeiro deixaria de arrecadar cerca de 75.400.000.000,00 (setenta e cinco bilhões e quatrocentos milhões de reais) entre os anos de 2012 a 2020 em royalties e participações.

Ao examinar a matéria, o STF, em decisão monocrática da E. Ministra Carmem Lúcia de 18/03/2013 deferiu o pedido cautelar, reconhecendo a sua urgência da matéria, própria dos grandes temas federativos.

Na decisão, a ministra considerou que os royalties são pagos mensalmente aos Estados produtores e que, de fato, a redistribuição imediata desta receita afetaria a segurança jurídica das obrigações constitucionais, legais e contratuais assumidas e inviabilizaria as contas públicas dos respectivos entes federativos.

Aduziu que a legislação que regulamenta a compensação aos Estados produtores existe muito antes da Carta de 1988, tendo sido sua primeira lei aprovada no ano de 1953 (lei 1.004/53).

Corroborou com os argumentos trazidos pelo Estado do Rio de Janeiro quando afirmou⁴:

“... a Constituição faz uma associação direta e inequívoca entre o pagamento da compensação e o fato de haver produção situada no ente” Além da literalidade do dispositivo, a lógica da compensação aos produtores é justificada por diversas razões objetivas, igualmente baseadas na Constituição. ... Embora o bem pertença à União (CF/88, arts. 20, IX, e 176, caput), sua produção

⁴ O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3518637.

gera uma série de ônus e riscos para os entes locais em cujo território ocorre a exploração. Por conta disso, a Constituição exige que os Estados e Municípios produtores sejam compensados...”

“... logo após a descoberta das reservas do pré-sal, pediu-se ao Estado do Rio de Janeiro que se conformasse em abrir mão de parte da receita a que fazia jus, nos termos da legislação em vigor. Somente em relação ao pré-sal, dizia-se. Aos poucos, no entanto, foi-se tentando introduzir legislação para afetar também a participação dos Estados produtores em áreas situadas fora do pré-sal. E, já agora, não pretendem respeitar sequer as receitas referentes a concessões firmadas há anos”

Ademais, ressaltou na decisão a eficácia limitada da norma contida no §1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988, que depende de lei específica para produzir plenos efeitos.

Concluiu que assiste razão aos Estados produtores, autores das respectivas ADI 4916/DF e ADI 4917/DF, ainda que a princípio em sede de medida cautelar, em razão da *“plausibilidade dos fundamentos apresentados, que põem no centro da discussão processual a eficácia do princípio federativo e as regras do modelo constitucionalmente adotadas”*⁵.

A referida medida cautelar tem natureza precária, podendo, se alterados os seus pressupostos, ser revogada a qualquer tempo pela E. Ministra Carmem Lúcia. A decisão monocrática produz efeitos imediatos, mas ainda precisa ser referendada pelo pleno do STF para que seu conteúdo produza efeitos definitivos.

Não obstante toda a argumentação dos Estados produtores, alguns Estados não produtores e entidades interessadas ingressaram nas respectivas ADIs na condição de *amicus curiae*, trazendo posição diversa da defendida pelos Estado produtores, qual seja, a interpretação sobre a possibilidade de

⁵ Ibid., pág. 21.

repactuação quanto ao rateio de royalties e participações especiais de modo a melhor beneficiar Estados e Municípios não produtores.

Entre as entidades que ingressaram como *amicus curiae* está a Confederação Nacional do Municípios, entidade representativa de associações estaduais, microrregionais e Municípios, que em suas razões, apresentou argumentos históricos que enriquecem o debate acerca da constitucionalidade do novo regime de partilha.

Como mencionado na decisão cautelar da E. Ministra Carmem Lúcia, os *royalties* do petróleo foram criados no ano de 1953 com a lei nº 20.004, onde 5% da produção extraída em terra era repassado aos Estados e desse montante, 20% deveria ser repassado aos Municípios.

Em 1985, com o advento da lei nº 7.453, foi instituído o Fundo Especial, decorrente do Fundo de Participação dos Estados – FPE e do Fundo Nacional dos Municípios – FPM, onde 1% dos royalties decorrentes da produção do petróleo seria destinado a todos os Estados e Municípios do país, produtores ou não.

Como se vê, embora a legislação tenha se alterado ao longo dos anos, os Estados e Municípios não produtores sempre se beneficiaram em algum nível, dos percentuais dos *royalties* de petróleo decorrentes da exploração.

A Confederação Nacional do Municípios argumenta que com a descoberta das reservas do pré-sal em 2003 o volume de valores decorrentes de royalties e participações especiais irá aumentar exponencialmente. Ainda segundo a Confederação, esta situação não passou despercebida pelo Congresso Nacional que editou e publicou o novo regime de partilha, consagrado na lei 12.351/10.

O tema constitucional tinha previsão de julgamento pelo plenário do STF em abril de 2020, mas após o acolhimento de sobrestamento feito pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, em razão da atual situação de isolamento social, não há previsão de nova data de julgamento.

VI. A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 188/2019

Em 2019 foi oferecida uma proposta de emenda constitucional sob o nº 188 intitulada Pacto Federativo, que se insere em um conjunto de medidas do governo federal para reforma fiscal com ampla alteração da Constituição e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁶.

Dentre as medidas prevê a inclusão no artigo 20 da Constituição Federal de um §3º que prevê que para assegurar o fortalecimento da Federação, a União transferirá parte dos recursos a todos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, cabendo à lei estabelecer percentuais, base de cálculo e condições.

Impõe, porém, como inovação que compete a lei disciplinar critérios de distribuição que contemplem, entre outros, indicadores de resultado, bem como, no §4º veda a utilização dos recursos para pagamento de despesa com pessoal ativo, inativo e pensionista.

Inexorável, que do ponto de vista teleológico, pretendem as respectivas normas garantir a eficiência na aplicação de gestão dos recursos públicos, porém, não compete à União determinar com será realizada a disposição pelos entes federados, já que não há hierarquia entre os entes federados, que sujeitam a mecanismos próprios de controle.

Prevê a própria Constituição Federal e a legislação federada – como a Lei de Responsabilidade Fiscal – instituições – como o Poder Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas – e instrumentos de controle – de responsabilização político-administrativa, penal e civil – para manuseio de forma indevida dos recursos.

Corresponde a violação ao pacto federativo, já que tais normas interferem na autonomia político-administrativa de cada ente federado para organizar suas próprias atividades importando em indevida ingerência da União nas competências que são próprias dos outros entes federativos.

A sujeição a “indicadores de resultados” impõe um controle pela União da aplicação dos recursos pelos Estados e Municípios, o que representa uma

⁶ A emenda constitucional em sua redação atual propõe: alterar arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal e os arts. 35, 107, 109 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescentar à Constituição Federal os arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A; acrescentar ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os arts. 91-A, 115, 116 e 117; revogar dispositivos constitucionais e legais e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1594008470053&disposition=inline> acesso em 08.06.2020

formação de hierarquia incompatível com a igualdade de todos os referidos entes na Federação.

Isto resta claro igualmente na vedação da utilização dos recursos para pagamento de pessoal, o que ignora que não compete a União dispor como os entes federados irão aplicar os seus recursos, já que haverá instâncias de controle, inclusive, a própria sociedade no exercício da *accountability*.

Note, portanto, que a celeuma acerca da divisão de recursos advindos dos royalties do petróleo ainda não está pacificada entre os poderes públicos, de forma que a par da decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal há novas manifestações a serem discutidas sobre a matéria.

VII. CONCLUSÃO

Buscou o presente trabalho analisar a constitucionalidade do regime de partilha dos royalties instituído pela lei federal nº 12.351 de 2010 pela exploração do pré-sal entre estados na produtores diante do artigo 20 §1º da Constituição Federal que garante a participação dos entes federados no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, como compensação financeira por tal atividade.

De início, verificou-se que o modelo federalista brasileira embora simétrico é marcado pela repartição de bens e partilha de competência desigual entre os entes federativos, de forma a concentrar na União maior espectro de atribuições e de acervo patrimonial que geram desequilíbrios na federação e resultam em maior dependência financeira dos demais entes federados.

Após, que foi garantido monopólio para a União sobre bens e atividades estratégicas como o petróleo e seus derivados permitida a concessão da sua exploração à entidades públicas ou privadas, desde que garantida participação na exploração ao poder público.

Por fim, que o regime legal de partilha dos royalties instituído pela lei federal nº 12.351 de 2010 à luz do artigo 20 §1º da Constituição Federal é inconstitucional uma vez que busca assegurar as compensações financeiras aos entes produtores como compensação financeira pelos efeitos da atividade

desenvolvida ao poder público em razão dos impactos sociais e ambientais causados.

O tema ainda se encontra pendente de julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal e pode se tornar mais complexo diante da proposta de emenda constitucional o que conduz a novos debates acerca da dimensão do federalismo e de sua vertente fiscal no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

_____. **Federalismo em Crise: Aspectos Constitucionais nos Contratos de Empréstimos entre Entes Federativos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 22, maio/junho/julho, 2010, Salvador, Bahia.

BARROSO, Luís Roberto. **A Derrota da Federação: O Colapso Financeiro dos Estados e dos Municípios**, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 53, 2000.

_____. **Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do Petróleo**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BULHÕES, Bruno Damasceno Daniel. **A Pré-Sal Petróleo S.A. e O Novo Marco Regulatório Brasileiro**. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - v. 15, n. 1, p. 58 – 78 –jan/abr 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20.ed. São Paulo. Saraiva. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005