

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)
DOUTORADO EM DIREITO**

MARCONI COSTA ALBUQUERQUE

ROYALTIES MARÍTIMOS DO PETRÓLEO E SUA DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL

**Recife
Julho, 2021**

MARCONI COSTA ALBUQUERQUE

ROYALTIES MARÍTIMOS DO PETRÓLEO E SUA DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano
Feitosa

Recife
Julho, 2021

A345r Albuquerque, Marconi Costa.

Royalties marítimos do petróleo e sua distribuição no Brasil
/ Marconi Costa Albuquerque, 2021.

234 f. : il.

Orientador: Raymundo Juliano Feitosa.

Tese (Doutorado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito,
2021

1. Petróleo e gás - Royalties. 2. Petróleo - Legislação.
3. Federalismo. 4. Direito constitucional. I. Título.

CDU 342.24

Pollyanna Alves - CRB/4-1002

MARCONI COSTA ALBUQUERQUE

ROYALTIES MARÍTIMOS DO PETRÓLEO E SUA DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa
PPGD em Direito da Universidade Católica de Pernambuco

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – Presidente da Banca
PPGD em Direito da Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Edvaldo de Britto – Examinador Externo (Universidade Federal da Bahia)

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro – Examinadora Externa (Universidade de
Marília)

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem – Examinador Interno (Universidade Católica de
Pernambuco)

Prof. Dr. João Hélio de Farias Moraes Coutinho – Examinador Interno (Universidade
Católica de Pernambuco)

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Luiz e Edileuza (*in memoriam*), que me deixaram um legado de honestidade, responsabilidade e temor a Deus, exemplos de retidão, dedicação e amor, a minha esposa, Ana Luiza, pelo incentivo, dedicação e o sacrifício de várias horas perdidas sem a minha companhia, aos meus filhos Ana Karina, Ana Flávia, Marconi Filho e Luiz Porfírio, aos netos, Yasmin, Natália, Manoela, Penelope, Taio, Ruby, Valentina, Cauê e Tobias, estímulo e esperança redobrada no futuro, aos meus irmãos Jefferson, Marco Antonio, Rebeca e Raquel, às minhas cunhadas Conceição e Marta e aos sobrinhos Adriana, Juliana, Daniele e Marco André, pelo convívio e apoio. Por fim, e acima de tudo e de todos, agradeço a Deus e a Jesus Cristo, meu Senhor e Salvador, por quem e em quem todas as coisas subsistem e a quem deve ser dada toda a honra, toda a glória e louvor, não apenas nesta oportunidade, mas nos tempos vindouros e para todo o sempre.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos aos professores do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco, pelos ensinamentos repassados e a oportunidade de desfrutar momentos preciosos no percurso pelas sendas do conhecimento, ao longo de todo o curso de doutorado, o pessoal da administração e secretaria, sempre solícitos, e, em especial, a minha gratidão ao Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa, meu orientador, pela paciência, tolerância, amizade e a forma sábia e franca como desenvolveu a orientação dessa tese de doutorado, sempre pronto a colaborar com provocações instigantes no plano teórico e sugestões relevantes e pertinentes ao aprimoramento do trabalho.

'Sejam agradáveis as palavras da minha boca e a meditação do meu coração perante a tua face, Senhor, Rocha minha e Redentor meu'.

Salmos, 19:14

Claridad en el pensar y claridad en el decir. Nada más difícil, sin embargo, que la claridad. Referida al pensamiento, obliga a la mente a realizar un esfuerzo supremo dirigido a alcanzar la esencia de las cosas e a ordenarlas en un sistema; referida al estilo, obliga al autor a manejar el lenguaje con un cuidado especialísimo, para evitar el vocablo oscuro o equívoco y para captar, cuando sea procedente, la metáfora oportuna que anima la exposición e ilumina la trayectoria de las ideas.

Sainz De Bujanda

RESUMO

ALBUQUERQUE, Marconi Costa. ROYALTIES MARÍTIMOS DO PETRÓLEO E SUA DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL. UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO. PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DOUTORADO. 2021

O presente trabalho constitui a tese de doutorado apresentada como parte dos requisitos para a obtenção do grau de doutor, no Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Católica de Pernambuco. Busca-se por meio de um texto que pretende ser claro e objetivo, trazer à luz as questões que marcam o debate acerca da problemática da distribuição dos *royalties* do petróleo, com foco na produção *offshore*. Partiu-se do seguinte problema: **como justificar, a partir da concepção de federalismo, a distribuição dos *royalties* da produção *offshore* de petróleo no Brasil?** Buscou-se, portanto, definir as variáveis que poderiam ser utilizadas para preservar o equilíbrio do pacto federativo e em que medida o atual regime jurídico de distribuição dos *royalties* (Lei 12.374/2012) poderia estar impregnado do vício de inconstitucionalidade. Adotou-se como hipótese de trabalho o fato de que **a forma para encontrar um parâmetro de justificação do regime de distribuição dos *royalties* derivados da produção *offshore* de petróleo no Brasil, de caráter compensatório, como previsto no artigo 20, § 1º, da Constituição da República de 1988 e que assegure o equilíbrio federativo e os objetivos republicanos, passaria pela próprio modo de interpretação desse dispositivo constitucional, complementado pela aplicação dos marcos reitores da teoria da justiça distributiva e intergeracional.** O trabalho discute aspectos jurídicos relacionados com a exploração *offshore* de petróleo, mormente em face das polêmicas surgidas com as recentes alterações na legislação brasileira que estabeleceu a configuração de um novo modelo de repartição dos *royalties*, que passou a contemplar todos os entes federativos, Estados e Municípios, independentemente do fato de serem eles produtores, confrontantes, afetados ou não, trazido à baila pela Lei 12.734/2012. Analisou-se o desdobramento das Ações de Inconstitucionalidade acerca da Lei 12.734/2012, propostas pelos Estados do sudeste, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), como forma de identificar as vertentes argumentativas colocadas em prática para fundamentar as decisões já afloradas em sede de cautelar, acerca do tema dos *royalties* do petróleo. tomando como base o direito como elemento cultural, vislumbrado a partir e por meio da linguagem. A metodologia adotada restou embasada no plano qualitativo e no campo teórico-dogmático, com o auxílio dos fundamentos da análise econômica do direito, a temática federativa, o foco na crítica bibliográfica e na análise de conteúdos jurisprudenciais do STF como forma de produzir um outro olhar acerca do tema. O trabalho voltou-se para a análise de uma política racional de divisão dos resultados econômicos da exploração de óleo, no ambiente marinho, focada, sobretudo, nos fundamentos do federalismo de natureza cooperativa, na finitude desses recursos, no primado da eficiência e nos ideais sobranceiros de justiça distributiva e intergeracional.

Palavras-chave: direito, petróleo, royalties, federalismo.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE, Marconi Costa. OFFSHORE OIL ROYALTIES AND ITS DISTRIBUTION IN BRAZIL CATHOLIC UNIVERSITY OF PERNAMBUCO. GRADUATE PROGRAM IN LAW, DOCTORATE. 2021

The present work is the doctoral thesis presented as part of the requirements for obtaining a Doctoral Degree (PhD), in the Postgraduate Program in Law, at the Catholic University of Pernambuco. Through a text that intends to be clear and objective, the aim is to bring to light the issues that mark the debate on the main point of the distribution of oil royalties, with a focus on offshore production. The starting point was the following problem: how to justify, based on the concept of federalism, the distribution of royalties from offshore oil production in Brazil? At the other side trying to know in what extent the current legal regime for the distribution of royalties (Law 12.374/2012) could be impregnated with the defect of unconstitutionality. It was adopted as a working hypothesis the fact that the way to find a justification parameter for the distribution regime of royalties derived from offshore oil production in Brazil, of a compensatory nature, as provided for in article 20, paragraph 1 of the Brazil Constitution dated from 1988 and which ensures reaching the federative balance principle and the republican objectives, should go through the interpretation of this constitutional provision itself, complemented by the application of the guiding principles of the theory of distributive and intergenerational justice. The work discusses legal aspects related to offshore oil exploration, especially pointing the controversies that outcrops with the recent changes in Brazilian legislation that established the configuration of a new model for sharing royalties, which started to include all federative entities, states, and Municipalities, regardless of whether they are producers, confronting, affected or not, as defined by Law 12.734/2012. The unfolding of the Unconstitutionality Actions regarding Law 12,734/2012, proposed by the Southeastern States, to the Supreme Federal Court (STF), was analyzed to identify the argumentative aspects put into practice to substantiate the decisions already surfaced in about oil royalties. based on the law as a cultural element, envisioned from and through language. The adopted methodology was based on the qualitative plan and the theoretical-dogmatic field, with the help of the fundamentals of the economic analysis of law, the federative theme, the focus on bibliographic criticism and the analysis of jurisprudential contents of the Supreme Court to produce another look about the topic. The work turned to the analysis of a rational policy for dividing the economic results of oil exploration in the marine environment, focused, above all, on the foundations of cooperative federalism, on the finiteness of these resources, on the primacy of efficiency and on ideals aspects of distributive and intergenerational justice.

Keywords: law, oil, royalties, federalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1. IMPORTÂNCIA ECONÔMICA, INSERÇÃO CONSTITUCIONAL E NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES 20

- 1.1 Importância econômica e jurídica dos royalties 30
- 1.2. A inserção constitucional dos royalties 40
- 1.3. A natureza jurídica dos royalties 53
- 1.4. Conclusões 65

CAPÍTULO 2. LEGISLAÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO 68

- 2.1 Evolução da legislação dos royalties do petróleo 69
- 2.2. Distribuição dos royalties do petróleo e a Lei 12734/2012 - o problema da projeção geodésica dos limites territoriais dos Estados e Municípios na região da plataforma continental 82
- 2.3 Conclusões 85

CAPÍTULO 3. ROYALTIES DO PETRÓLEO E FEDERALISMO 88

- 3.1 Que federalismo é esse? 89
- 3.2. o federalismo fiscal e a questão dos valores e princípios 102
- 3.3. Princípio constitucional do federalismo fiscal como elemento de renovação e harmonização do sistema jurídico do Estado Federal brasileiro 118
- 3.4. A federação brasileira e o federalismo patrimonial, fiscal e cooperativo no campo do petróleo. 129
- 3.5. Conclusões 140

CAPÍTULO 4. CONDICIONANTES DA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO 143

- 4.1. Distribuição dos *royalties* do petróleo e o contexto tributário 144
- 4.2. Distribuição dos *royalties* do petróleo e a análise econômica do direito 154
- 4.3. Distribuição dos *royalties* do petróleo e a justiça distributiva intergeracional 158
- 4.4. Conclusões 168

CAPÍTULO 5. JUDICIALIZAÇÃO DOS ROYALTIES – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 171

- 5.2. Os royalties do petróleo na exploração offshore 177
- 5.3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917 RJ, seu objeto, fundamentos E A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA 184
- 5.4 Conclusões 203

CONCLUSÕES 207

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 215

ÍNDICE DE SIGLA

ACO – Ação Cível Originária
ANP – Agência Nacional do Petróleo
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI – Agravo de Instrumento
ART – Artigo
Boe/dia – bilhões de óleo equivalente/dia
CF – Constituição Federal
DEC – Decreto
DF – Distrito Federal
DGC – Diretoria de Geociências
EC – Emenda Constitucional
EI – Indústria Extrativa
FPE – Fundo de Participação dos Estados
FPM – Fundo de Participação dos Municípios
GPFG – Government Pension Fund Global
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBP – Instituto Brasileiro do Petróleo
ICMS – Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviços
MS – Mandado de Segurança
OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo
PIB – Produto Interno Bruto
PL – Projeto de Lei
PPGD – Programa de Pós-Graduação
RJ – Rio de Janeiro
SC – Santa Catarina
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNDP – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trata a matéria relativa ao petróleo, recurso natural não-renovável, a partir de considerações normativas várias e importantes para o enquadramento da questão da sua exploração e da distribuição dos resultados de sua lavra, tanto no ambiente continental, como no ambiente marítimo.

Como marco inicial para a discussão, convém notar que a Constituição Federal de 1988 destaca que são bens da União os recursos naturais da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva e, bem assim, os minerais, inclusive os do subsolo (Art. V, VI e IX, CF/88).

Convém ainda destacar que o mesmo texto constitucional garante aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo quando a exploração ocorrer no respectivo território, na plataforma continental, mar territorial ou zona economicamente exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração (Art. 20, §1º, CF/88).

Do ponto de vista da exploração, a Constituição Federal de 1988 (Art. 177, I a IV e §1º com a redação determinada pela Emenda Constitucional 09/95), define, no tocante às distintas atividades do setor, um regime de monopólio da União, envolvendo (a) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; (b) o refino do petróleo nacional ou estrangeiro; (c) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades decorrentes da pesquisa, da lavra e do refino do petróleo e do gás natural e (d) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, podendo, ainda, este ente federativo (União), promover contratos com empresas estatais e privadas visando as atividades mencionadas nos itens anteriores, respeitadas as condições estabelecidas em lei.

Diante de tudo isso, a União como ente federativo titular dominial das jazidas de petróleo¹, passa a ser contemplada com o auferimento de uma compensação

¹ Cabe destacar a diferença entre os conceitos de ‘jazida’ (recurso *in situ*) e mina (recurso em exploração).

financeira, intitulada legal e doutrinariamente como royalties, assumindo, igualmente a obrigação de repassar uma parcela desses resultados econômicos para os entes federativos subnacionais (Estados e Municípios).

Aqui reside, pois, o nó górdio desse tema, de índole essencialmente federativa e que, ao longo do tempo, vem sendo apreciado por meio de distintos arranjos distributivos formulados pelo legislador ordinário federal e que quase sempre tem constituído elemento gerador de litígios envolvendo os entes federativos subnacionais.

Foi assim com o modelo de distribuição pautado pela Lei 9.478/97 que estabeleceu as regras do contrato de concessão, foi também assim que ocorreu por ocasião da distribuição pautada pela Lei 12.351/2010, que regulou o contrato de partilha de produção no ambiente do Pré-sal e continua sendo assim, atualmente, em face do novo modelo de distribuição dos royalties do petróleo definido no âmbito da Lei 12.734/2012, que visa beneficiar todos os entes federativos no Brasil, independentemente de sua situação geográfica em relação aos campos de exploração de óleo e gás (produtores/não-produtores, confrontantes/não-confrontantes).

Claro que o novo modelo de distribuição dos royalties marítimos do petróleo pautado pela Lei 12.374/2012 trouxe uma situação aparentemente desconfortável e não aceita pelos ditos Estados produtores e confrontantes e, bem assim, os Municípios afetados, que estão, no momento, arguindo a inconstitucionalidade da referida lei, sob o argumento da perda de arrecadação e efeitos danosos de natureza tributária, envolvendo o ICMS, com conseqüente agressão ao pacto federativo, argumento este refutado pelos Estados não-produtores e Municípios não-afetados, que na condição de *amicus curiae* na ações diretas de inconstitucionalidade propostas, pugnam pela constitucionalidade da lei de regência.

O presente trabalho, foi realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD), tendo como objetivo a conclusão do doutorado em direito, conforme o enquadramento na Linha de Pesquisa: “Processo, Hermenêutica e Efetivação de Direitos” e Área de Concentração: “Direito, Processo e Cidadania”. Discute-se a problemática da distribuição dos *royalties* do

petróleo², com foco na produção *offshore*³, no Brasil, tendo em vista a necessidade da definição de critérios de recomposição patrimonial da União, o equilíbrio financeiro dos entes federativos subnacionais e do atendimento aos interesses das gerações presente e futura, com base em parâmetros de federalismo, justiça intergeracional e justiça distributiva.

Como temática para a discussão, a questão da distribuição dos resultados econômicos dos *royalties* do petróleo envolveu a abordagem de problemas de naturezas constitucional, legal, processual e de hermenêutica, repercutindo de forma direta na questão do federalismo cooperativo e, bem assim, nos temas que são caros à justiça distributiva e intergeracional.

Buscou-se, outrossim, responder, em primeiro lugar, quais as variáveis que poderiam ser utilizadas para preservar o equilíbrio do pacto federativo, **partindo-se do seguinte problema**, a saber: **‘Como justificar, a partir da concepção de federalismo, a distribuição dos resultados econômicos relativos aos *royalties* da produção *offshore* de petróleo no Brasil?’**

Pretendeu-se, pois, avaliar a questão a partir dos postulados de justiça distributiva, do federalismo, das bases teóricas da análise econômica do direito, ainda que em certa medida seja, essa última, por vezes, uma ideia contraditória, quando contraposta aos ideais de justiça distributiva, sem perder de vista a questão relacionada com a justiça intergeracional e, a partir desses fundamentos, estabelecer critérios, que possam, no final, servir de base para a justificação, ou não, do atual modelo de divisão dos resultados econômicos relativos aos *royalties* da produção *offshore* de petróleo no Brasil.

Buscou-se atender ao questionamento acerca dos padrões de justiça adotados na construção do modelo de distribuição dos resultados econômicos advindos dos *royalties* da produção de petróleo *offshore*, levando em conta, de um lado, uma divisão que abranja não apenas os ditos “Estados Produtores, Confrontantes” e “Municípios afetados”, mas , de uma maneira mais geral, envolvendo toda a comunidade dos entes

² Entendido aqui como uma das parcelas dos resultados econômicos, previstos em lei, resultantes da exploração de petróleo e cuja natureza jurídica está detalhada em capítulo próprio dessa tese de doutorado.

³ O conceito de produção *offshore* está vinculado aos trabalhos de extração de óleo na área do substrato oceânico, no espaço da plataforma continental e da zona economicamente exclusiva, rotulados como bem da União nos termos expressamente definidos no Artigo 20, da Constituição Federal de 1988.

federativos, albergados agora pelos valores do Fundo Especial da União, criado no contexto do recente modelo de distribuição de royalties definido pela Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012).

Focou-se na análise de como os resultados econômicos da exploração de petróleo, sobretudo aqueles advindos dos royalties da produção offshore,⁴ foco de toda essa discussão, podem vir a materializar a compensação de interesses da presente e das futuras gerações, em face da exploração atual dessa riqueza, o exaurimento dos recursos e sua indisponibilidade no futuro, tomando como base o preceito constitucional do Artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988⁵, os critérios legais previstos na atual Lei nº 12.734/2012, e, bem assim, os argumentos esgrimidos pelas partes envolvidas nas Ações de Inconstitucionalidade, atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal e, finalmente, o próprio pronunciamento do STF, ainda que em sede precária, acerca da matéria (Medida Cautelar suspendendo os efeitos de vários artigos que conformam o novo modelo de distribuição dos royalties) (BRASIL, 1986; BRASIL, 2012).

Partindo-se da constatação que leva em consideração a natureza não-renovável do petróleo, bem como a sua rigidez locacional, e projetando, a partir dessas observações, a análise de todas as consequências delas decorrentes, buscou-se testar a **seguinte hipótese**, a saber:

‘Os parâmetros definidores da distribuição dos resultados econômicos dos royalties decorrentes da produção offshore no Brasil passam pelas balizas do federalismo cooperativo, pelos fundamentos da teoria da justiça distributiva intergeracional, estando todos, em sintonia com a prevalência dos direitos subjetivos da União, dos Estados e dos Municípios à participação nos resultados obtidos com a exploração de petróleo e gás natural e, igualmente, alinhados com os objetivos republicanos e, bem assim, com os elementos econômicos que influenciam e são influenciados pelo tema em comento.’

⁴ O conceito de produção *offshore* está vinculado aos trabalhos de extração de óleo na área do substrato oceânico, no espaço da plataforma continental e da zona economicamente exclusiva, rotulados como bem da União nos termos expressamente definidos no Artigo 20, da Constituição Federal de 1988.

⁵ Artigo 20, §1º, da CF: “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.”

Em suma, a hipótese, como ponto de chegada, que deu respaldo ao problema inicialmente levantado para a pesquisa realizada, foi, portanto, proposta, levando-se em conta o fato de que a forma de justificação do regime de distribuição dos *royalties* derivados da produção *offshore* de petróleo no Brasil, efetivado entre alguns entes federativos (Estados Produtores, Estados Confrontantes, Municípios Confrontantes e Municípios Afetados) e, também, igualmente repartido pelos demais entes federativos não produtores, não confrontantes e não afetados, agora por meio de um Fundo Social⁶, como regulado pela Lei nº 12.734/2012, poderia ser objetivamente levada a efeito, a partir de construções teóricas que apresentam como fundamento critérios ancorados na teoria da justiça distributiva e intergeracional e no federalismo cooperativo (BRASIL, 2012).

O **marco teórico** da análise, aqui desenvolvida, é o do 'Federalismo', da 'Justiça Distributiva' e da 'Justiça Intergeracional'.

Não se quis ofertar uma teoria do direito, mas, sobretudo, melhorar seu agir a partir das condições econômicas dadas e, bem assim, do modelo federativo do Estado brasileiro.

Diante disso, buscou-se trabalhar alguns parâmetros e variáveis importantes para a técnica do direito, tais como: oportunidade, eficiência, adequação, visualização das consequências sociais das normas e repercussão da decisão judicial, sem se prender, contudo, a aspectos meramente dogmáticos que norteiam o tema.

A partir da compreensão de que a exploração do petróleo tem um óbvio impacto social e ambiental e que esse impacto, na hipótese de gerar danos, pode, em tese, vir a ser 'compensado' através dos *royalties*, cujo valor é definido por lei, coube saber quem pode ser titular subjetivo do direito de recebimento desses recursos, concepção trabalhada a partir da legislação vigente, do marco legal do federalismo brasileiro e da teoria da justiça, sobretudo nas operações que envolvam a produção de óleo no ambiente do mar territorial, da plataforma continental e zona econômica exclusiva.

Noutro âmbito, considerando a judicialização do tema e a atual pendência da decisão do STF sobre a matéria, posto que o novo regime de distribuição dos *royalties* trazido pela Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012) impacta, segundo alguns, negativamente as receitas dos denominados Estados produtores e confrontantes e

⁶ A figura de um Fundo Social seria o elemento principal para a materialização, na prática, dos desideratos de uma justiça distributiva intergeracional, no campo da distribuição dos resultados econômicos derivados dos *royalties*.

Municípios confrontantes e afetados em face dos poços de produção na plataforma continental, coube fazer uma análise de conteúdo dos fundamentos da decisão liminar da Corte e os fundamentos teóricos que podem nortear a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, ponto central da presente tese.

Trabalhou-se, no ponto, a partir do estudo do direito em sua perspectiva cultural, trazendo, sobretudo, novas luzes para a análise da decisão que suspendeu os efeitos da Lei nº 12.734/2012, que estrutura uma nova modelagem de distribuição dos *royalties*, considerados os contratos de concessão e partilha de produção, nos espaços territoriais continental e *offshore*, uma abordagem envolvendo a linguagem como pressuposto (BRASIL, 2012).

A escolha do tema e a sua restrição ao setor de produção na área do mar territorial, da plataforma continental e zona econômica exclusiva (**corte metodológico**) deve-se, principalmente, ao fator econômico, já que a quase totalidade da produção brasileira de óleo está, atualmente, concentrada na área *offshore* e bem assim, a totalidade das reservas, não sendo diferente a perspectiva de futuro prevista para o setor (a migração dos esforços de pesquisa da Petrobras, deslocados do ambiente continental para o ambiente marinho, dão conta dessa constatação).

A **metodologia** adotada para todas essas abordagens passa pelo plano teórico-dogmático, com o auxílio da análise econômica do direito, foco na crítica bibliográfica e na análise de conteúdos jurisprudenciais, sobretudo das decisões do STF acerca do tema, que embora em pequeno número podem fincar as balizas necessárias à elucidação dessa intrincada questão.

No tocante ao **método**, partiu-se da ideia de que somente é possível entender aquilo que possa ser minimamente sistematizado, destacando-se, assim, desde logo, a importância da questão da definição do método como elemento estruturante da pesquisa e o próprio caminho da construção do pensamento (HABERMAS, 1987).

A análise dos dados e informações, sobretudo aqueles relacionados com as motivações das decisões prolatadas em diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), acerca da temática dos *royalties* do petróleo e que, ao fim e ao cabo, possam permitir vislumbrar que a apreciação do regime jurídico da distribuição dos *royalties* oriundos da produção de petróleo offshore possa ter tido como elemento de justificação a teoria da justiça distributiva intergeracional e o federalismo cooperativo, foi levada a cabo e processada segundo o método dedutivo de análise qualitativa.

Verificou-se, em que medida, a prática decisória do Poder Judiciário, envolvendo a temática da distribuição dos *royalties* do petróleo, passa pela utilização da teoria da justiça distributiva intergeracional, a preservação do equilíbrio federativo e a atenção aos objetivos republicanos, ou se contenta, tão somente, com argumentos de índole dogmática, como razão de decidir.

Ainda quanto à metodologia, a presente pesquisa foi desenvolvida com apoio no modelo qualitativa, na pesquisa bibliográfica e na análise de conteúdo em face das decisões acerca dos *royalties* do petróleo prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A **tese que se buscará demonstrar** é a de que “a distribuição dos resultados econômicos relativos aos *royalties* do petróleo, advindos da exploração marítima, no Brasil, por força do modelo federativo de Estado que o caracteriza, deve contemplar todos os entes federativos subnacionais e locais (Estados e Municípios), independentemente da sua condição de produtores, confrontantes ou afetados, ou seja, independentemente de sua posição geográfica próxima ou distante dos sítios de produção”.

A discussão e a pesquisa de um tema admite, sobretudo diante do enfrentamento de questões complexas, como a aqui proposta, abordagens múltiplas e variadas, razão pela qual, respeitando a transversalidade do problema posto, enfrentamos as questões de direito, não nos escusando, todavia, de abordar temas outros, até mesmo para nos certificarmos se a decisão jurídica tem eficácia e atende aos anseios da sociedade como um todo, dado que a abordagem da “distribuição dos *royalties*” repercute diretamente na problemática das políticas públicas, das despesas e receitas públicas, temas que são caros ao direito financeiro.

Daí que não podemos abordá-lo a partir de um viés meramente intuitivo focado em pontos que apreciem apenas elementos de uma cadeia causal direta, como o meio ambiente, por exemplo.

Necessário, pois, analisar e trazer para a discussão elementos da cadeia causal indireta, paralela, relativos ao problema de fundo (a distribuição dos *royalties*), dentre eles o federalismo, a tributação, o direito dos entes políticos subnacionais, não obstante ser o bem explorado (petróleo) um patrimônio da União, a análise econômica do direito e o direito intergeracional, pois o problema aqui proposto não é uma discussão de agora, mas uma discussão do futuro e de sempre.

A presente tese de doutoramento, além da Introdução e das Conclusões, está dividida em **5 capítulos**, a saber:

A **Introdução** foi construída com o objetivo de destacar as principais questões gerais que nortearam o trabalho de tese, emoldurando, dentre outros, a sua importância econômica, a metodologia (caminho trilhado) e o método utilizados, o problema de pesquisa e a hipótese do trabalho.

No **Capítulo 1** destaca-se a importância do tema escolhido, ressaltando o viés econômico, a dinâmica do crescimento dessa indústria extrativa, com destaque para o Brasil, a importância das reservas conhecidas, os trabalhos de exploração, a natureza jurídica dos *royalties* e a sua inserção constitucional, pontos capitais para a elucidação do tema da tese. Ao lado da crítica ao tema da natureza jurídica dos *royalties*, destaca-se a sua previsão constitucional, sem descuidar, todavia, do apontamento de algumas questões de natureza econômica que dão a dimensão de sua importância e de sua natureza interdisciplinar inegável.

No **Capítulo 2** entra-se na discussão de questões de direito, propriamente dito, que condiciona o tema dos *royalties*, analisando-se, considerada a linha do tempo, a evolução da legislação relativa ao petróleo e seus principais temas, sobretudo a questão dos *royalties*, informação vital para chegarmos a entender a evolução e as razões reitoras da questão em comento, desenvolvida aqui a partir da perspectiva legal, com destaque para a temática da distribuição dos *royalties* à luz da Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012).

No **Capítulo 3** aborda-se a temática dos *royalties* do petróleo a partir da perspectiva do federalismo e suas crises, estabelecendo aqui as considerações necessárias para que se possa entender a problemática de sua distribuição a partir de um modelo que possibilite a convivência harmônica entre os entes federativos, assegure à União recursos adicionais relevantes para o incremento das políticas públicas e alavanque as condições para o atendimento aos objetivos da República.

No **Capítulo 4** discute-se uma das partes nodais dessa tese de doutorado colocando-se em destaque os principais condicionantes da distribuição dos *royalties* do petróleo, sua relação com o contexto tributário, sua relação a partir da perspectiva da análise econômica do direito e, finalmente, a sua análise a partir da perspectiva da justiça distributiva intergeracional.

No **Capítulo 5** são abordadas as relações decorrentes do litígio da distribuição dos *royalties* do petróleo atualmente postas sob a análise do Supremo Tribunal

Federal, trazendo à baila as principais questões acerca do tema, suscitando as dúvidas acerca das Ações diretas de inconstitucionalidade da lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012) em curso na Excelsa Corte e a análise do teor da liminar em sede de cautelar, proferida pela Relatora, na ADI 4917, Ministra Carmen Lúcia.

Na parte das **Conclusões** apresentamos os resultados decorrentes do trabalho desenvolvido e, **de forma propositiva**, elencamos alguns **posicionamentos pessoais** que poderiam permitir uma melhor conformação de um modelo de distribuição dos royalties marítimos do petróleo, possibilitando acomodar os interesses que cercam cada um dos entes federativos subnacionais no Brasil.

Quanto às definições objetivas de resultados, restaram vencidos, em certa medida, os desafios propostos, estimando-se, assim, que com o presente trabalho se possa contribuir para o entendimento dos motivos reitores que norteiam a questão da distribuição dos *royalties* de petróleo da produção *offshore* no Brasil e, em especial, aferir os argumentos que justificam o regime de distribuição definido pela Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012), com ênfase na utilização de elementos da teoria da justiça distributiva intergeracional, um dos principais móveis do problema e que constitui o ponto de partida de todo o panorama da pesquisa antes projetada e aqui relatada.

Entendendo a pesquisa como um processo em contínua evolução não se pretende com esse trabalho exaurir as considerações acerca de tão complexo tema, mas longe disso, lançar luzes e um novo olhar sobre a questão da distribuição dos *royalties* do petróleo marítimo no Brasil.

A análise da atual política de distribuição dos *royalties* e a verificação em que medida esse modelo de divisão dos resultados econômicos da exploração de óleo, no ambiente geológico do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, mantém sintonia com o equilíbrio dos entes federativos, o tratamento isonômico desses entes, a observância dos fundamentos do federalismo fiscal e cooperativo, o respeito ao caráter finito e não-renovável dos recursos em tela e mantém íntima ligação com os ideais sobranceiros de justiça, elementos vários que configuram o esteio e os marcos mais relevantes da discussão encetada no presente trabalho.

CAPÍTULO 1 – IMPORTÂNCIA ECONÔMICA, INSERÇÃO CONSTITUCIONAL E NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES

SUMÁRIO: 1.1. Importância econômica e jurídica dos *royalties*; 1.2. A inserção constitucional dos *royalties*; 1.3. A natureza jurídica dos *royalties*; 1.4. Conclusões

O presente capítulo tem como foco abrir a discussão do tema pesquisado, trazendo alguns enfoques sobre a sua importância econômica, o impacto dos resultados econômicos da exploração do petróleo, sobretudo os *royalties* oriundos da exploração *offshore*, um dos motivos determinantes para a sua escolha, além de destaques sobre a sua inserção constitucional o que denota, sem dúvida, a sua importância no contexto jurídico e alguns apontamentos acerca de sua natureza jurídica, questão fundamental para que se possa aprimorar a discussão do tema em comento.

Assumindo o petróleo a condição de um bem natural finito e não renovável, a sua exploração e esgotamento, sem a necessária, justa e eficiente distribuição dos resultados econômicos gerados por sua produção (*royalties*, em especial), bem assim a composição dos interesses diferenciados de cada um dos entes federativos nacional e subnacionais, constituiria um comprometimento dos interesses da geração presente, da afetação aos primados de justiça intergeracional e a dilapidação do patrimônio das gerações futuras, implicando, ainda, no desvirtuamento de questões relacionadas ao federalismo, uma das âncoras destacadas do nosso sistema de República Federativa⁷, constituída em Estado Democrático de Direito⁸, por opção constitucional.

⁷ Conforme o Art. 1º, da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....
.....

⁸ Estado de Direito entendido a partir da concepção de um modelo de Estado que superou os marcos do Estado de Direito, incorporando os avanços alcançados pelo Estado Social de Direito e na visão de Karl Lowenstein tem assegurado “**hasta nuestros dias, las garantías de los derechos fundamentales**” cujo fundamento estão inseridos e “**pertenecen a la esencia del Estado democrático constitucional e infudem la ideologia liberal democrática**

Discute-se, de forma especial, no tocante à exploração de petróleo *offshore*, a distribuição dos seus resultados econômicos entre os diversos entes federativos nacionais e subnacionais, mesmo partindo da constatação de que os depósitos de petróleo, embora não sejam tecnicamente bens minerais, já que na condição de hidrocarbonetos que são, configuram recursos naturais não-renováveis e desde que inseridos nessa situação territorial que propomos aqui abordar (mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva)⁹, nos termos discutidos pela doutrina predominante (RIBEIRO, 2017), mas não somente nessa, são constitucionalmente definidos como um bem da titularidade dominial da União, (Constituição Federal de 1988, Art. 20, V), premissa primeira a ser levada, obrigatoriamente, em consideração¹⁰.

Fato é, sem a menor dúvida, que o petróleo como um bem da União, explorado sob o regime de monopólio da União (CF/88, Art. 177), tem a sua competência legislativa, de caráter federal, definida constitucionalmente, de forma expressa e privativamente (CF/88, Art. 22, XII), muito embora o texto constitucional aponte, ainda, a possibilidade de uma competência legislativa comum da União, dos Estados e dos Municípios, mas restrita, nesse caso, à questões de fiscalização dessa atividade de exploração, nos moldes do Art. 23, XI, da Constituição Federal de 1988, não dispensando, para tanto, de lei complementar que fixarão normas para a cooperação entre a União e os entes federativos subnacionais, tendo em vista o desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF/88, Art. 23, Parágrafo Único). A referência a “desenvolvimento e do bem-estar nacional” definida no Parágrafo Único, do Art. 23,

en las constituciones de los siglos XIX y XX”, apud, NOGUEIRA, Alberto. Os limites da legalidade tributária no estado democrático de direito: fisco x contribuinte na arena jurídica. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 35.

⁹ Convém observar que o território nacional é formado pela inclusão do mar territorial (faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular (conforme Art. 1º da Lei nº 8617/1993), onde o Brasil exerce a sua soberania nacional, muito embora tal soberania se estenda pela zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental em termos de garantia à exploração dos recursos naturais, de acordo com o que define o Art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5/1987 e ratificada pelo Decreto nº 1530/1995, a denominada Convenção de Montego Bay, na Jamaica, celebrada em 1982. Para os fins do presente trabalho, sempre que tratarmos de royalties marítimos, estaremos nos referindo à porção agregada do mar territorial, da zona econômica exclusiva, da zona contígua e da plataforma continental.

¹⁰ Conforme o Art. 20, da Constituição Federal de 1988, a saber:

São bens da União:

.....

V. os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva e o mar territorial

.....

IX. os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

da Constituição Federal, já denuncia o aspecto do pacto federativo que deve nortear e estar presente na discussão dessa questão.

Convém não descurar que embora esse tema esteja, ainda, sob discussão, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, temos lei específica e reguladora da temática dos *royalties* – a Lei nº 12.734/2012, que embora esteja presentemente com os seus principais artigos que tratam da questão relativa aos *royalties* com os seus respectivos efeitos suspensos de aplicação (BRASIL, 2012), sua avaliação jurídica constitui, se não o cerne, mas um dos focos principais do nosso trabalho.

Observa-se, na verdade, que o tema do presente trabalho analisa a questão pelo plano da própria existência da federação, bem como a necessidade da convivência harmônica entre os entes federativos, suas autonomias e competências, tudo dentro dos padrões constitucionais, configurando, assim, uma discussão que está entre aquelas que fazem parte das grandes controvérsias de natureza federativa do Brasil, na atualidade.

A temática da distribuição dos royalties do petróleo, sobretudo quando tratada no âmbito da exploração offshore, trouxe à baila alguns questionamentos importantes, a saber: 1. quem tem, originariamente ou de forma secundária, direito aos royalties? 2. como deve ser processada a divisão dos valores arrecadados a título de royalties? 3. como atender os direitos não só da geração atual, mas, igualmente, das gerações futuras? 4. que critérios deveriam ser utilizados na definição do regime de distribuição dos resultados econômicos da exploração de óleo no Brasil? 5. qual o critério hermenêutico para a interpretação do Artigo 20, §1º da Constituição Federal, de 1988? 6. quais as balizas a serem definidas em torno do tema, considerando os aspectos que cercam a questão do federalismo cooperativo? 7. qual a influência que o regime jurídico da cobrança do ICMS incidente nas operações interestaduais de circulação dos derivados de petróleo pode gerar no âmbito da discussão da partilha dos royalties entre os entes federativos no Brasil?

Com base e a partir desses questionamentos convém ter em mente, como elementos norteadores na construção da crítica que na continuação do presente texto será desenvolvida, o fato de que o texto constitucional de 1988 (Art. 20, §1º) define, em face da exploração do patrimônio da União (petróleo), seja a atividade desenvolvida por pessoas físicas ou jurídicas, de capital público ou privado, uma

“compensação financeira” ou uma “participação nos resultados”, que deverá, nos termos da lei, ser partilhado entre Estados e Municípios.

Estamos, assim, diante de uma discussão que envolve um quadro de receitas públicas patrimoniais (*royalties*) e que tem na sua partilha entre os entes federativos um problema de alta indagação, sobretudo quando os argumentos daqueles que judicializaram a questão no Supremo Tribunal Federal, por meio de várias ADI's, (ADI 4916/Rio de Janeiro; ADI 4917/Espírito Santo; ADI 4920/São Paulo) apresentam como um dos seus principais argumentos a questão das cláusulas pétreas e a impossibilidade de ser ver comprometida as bases do federalismo fiscal desenhado na Constituição Federal de 1988, por atuação do legislador federal.

Resta saber, pois, se a projeção financeira dos entes federativos deve se manter congelada, a despeito de novas demandas da sociedade como um todo e dos interesses do conjunto dos entes federativos e não apenas de alguns poucos.

Tais questões, se não forem adequadamente sopesadas e resolvidas poderão vir a causar, sem sombra de dúvidas, diferentemente do entendimento daqueles entes federativos que se arvoram como proprietários e os únicos detentores dos direitos conferidos pela distribuição dos resultados econômicos decorrentes dos royalties da produção de óleo nas áreas do mar territorial, da plataforma continental e zona economicamente exclusiva do Brasil¹¹, graves distorções no equilíbrio federativo e o comprometimento dos objetivos republicanos previstos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A discussão dos royalties passa pelo equacionamento da indagação sobre o que deve fazer o Estado e a sociedade em particular, com as suas reservas minerais, incluindo os recursos naturais não-renováveis, no caso do petróleo (SCAFF, 2014).¹²

Em se tratando do petróleo, na condição de recurso natural, sendo este um bem estratégico, finito e submetido a uma rigidez locacional que lhe é peculiar, mas não exclusiva (já que a rigidez locacional é condição própria de qualquer tipo de

¹¹ A ideia de plataforma continental passou a ser discutida em profundidade a partir dos termos definidos pela Convenção de Montego Bay (1982) que dividiu os espaços marítimos em 5 (cinco) compartimentos territoriais, a saber: águas internas, mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e plataforma continental, devendo restar claro que concernente às áreas da plataforma continental e da zona de exploração economicamente exclusiva, o Brasil não dispõe de território, nem exerce soberania sobre as mesmas, mas tão somente, na condição de pessoa jurídica de direito internacional, detém, de forma exclusiva, as prerrogativas decorrentes do aproveitamento dos recursos naturais ali produzidos, dentro os quais se inclui o petróleo.

¹² SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do Petróleo, Minério e Energia**. São Paulo, RT, 1ª Edição, 2014.

recurso natural e mineral), convém decidir sobre se é desejável explorar esse recurso, e se for essa a opção, em que nível; ou se, por outro lado, é mais conveniente deixar intocadas as suas respectivas reservas, fato esse que soa, no mínimo, estranho, tendo em vista que já se percebe, no atual nível de desenvolvimento e progresso do conhecimento, dos avanços das barreiras da tecnologia e, sobretudo, em razão das inúmeras pressões exercidas, cada vez mais, com muito vigor, pelo setor ambiental, que as reservas dos recursos naturais fósseis correm o risco muito acelerado de não mais serem aproveitadas no curto e médio prazo, sucateadas e substituídas que serão, inexoravelmente, por outras fontes de energia limpa.

Analisar a aplicação da teoria da justiça distributiva intergeracional como elemento justificador do regime de “compensação” ou da “participação nos resultados”, via royalties, previsto no Artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei nº 12.734/2012, considerados, ademais, o equilíbrio federativo e os objetivos republicanos, foi algo que perpassou pelo próprio modo de interpretação desse dispositivo constitucional antes referido (BRASIL, 1988; BRASIL, 2012).

Complementou-se o entendimento do problema, por meio da aplicação dos marcos reitores da teoria da justiça distributiva intergeracional, tomando, igualmente, como base a (1) análise econômica do direito, (2) os argumentos teóricos, de fundo consequencialista, postulados, inicialmente, por Coase (2012) e secundados, posteriormente, por Posner (2010) e Sen (2011) e, bem assim, (3) a análise de conteúdo dos julgados do STF.

Todo esse conjunto de dados e informações constituiu, portanto, em certa medida, o objetivo do presente trabalho, visando identificar a presença de fundamentos de justiça e em especial da aplicação das ideias que pautam a justiça distributiva intergeracional¹³, confrontando-o, no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, com os elementos já apontados em sede de decisão cautelar, que possam subsidiar, no mérito, as razões de decidir que o Plenário do STF

¹³ As balizas da justiça distributiva intergeracional, sobretudo na hipótese aqui estudada, relacionada com a exploração dos recursos minerais fósseis, finitos e não-renováveis, projeta a necessidade de que se procure não somente atender as necessidades das gerações atuais, mas, face aos direitos fundamentais, justamente aqueles positivados no ordenamento jurídico interno, mas, em especial, as demandas projetadas das gerações futuras, posto que a exploração das reservas atuais de petróleo, sem que se leve em consideração os aspectos da apropriação e a eficiente aplicação dos resultados econômicos advindos dos *royalties*, representa, em última análise, uma dilapidação do patrimônio dessas mesmas gerações.

poderá vir a adotar no julgamento da ADI 4.917 e outras correlatas a ela apensadas que discutem a inconstitucionalidade do novo regime jurídico de distribuição dos royalties do petróleo decorrentes da produção offshore no Brasil (Lei nº 12.734/2012), tema central da presente tese de doutorado.

Adotou-se, no caso, como **hipótese de trabalho** o fato de que a forma para encontrar um parâmetro de justificação do regime de distribuição dos royalties derivados da produção offshore de petróleo no Brasil, de caráter compensatório, **ao menos para a União**, como previsto no Artigo 20, § 1º, da Constituição da República de 1988 e que assegure a plenitude dos direitos fundamentais da sociedade e contemple, igualmente, o equilíbrio federativo, passaria por uma releitura do próprio dispositivo constitucional acima referido e sua contextualização interna em relação ao sistema (BRASIL, 1988).

Considerou-se, também, a tônica do caráter compensatório, haurida do posicionamento do legislador constituinte de 1988, acerca de um dos elementos, mas não o único, que constitui a base de cálculo (SCAFF, 2014) sobre a qual deve ser definido o montante dos *royalties* aferidos pela União, na condição de receitas patrimoniais originárias, derivados da produção *offshore* de petróleo no Brasil, como previsto no Artigo 20, § 1º, da Constituição da República de 1988,¹⁴ levando-se, ainda, em consideração, destaco mais uma vez, os aspectos relativos à finitude das reservas e da sua rigidez locacional, como pressupostos que permitem descortinar uma forma de tratamento da questão aqui trazida à baila e que assegure, de forma objetiva, a plenitude dos direitos da União e dos demais entes federativos nacional e subnacionais, contemplando o equilíbrio federativo e atendendo os objetivos republicanos, tudo isso fundado na adoção de um contexto teórico que tome por

¹⁴ O dispositivo constitucional do Artigo 20, §1º, “Artigo 20, §1º, da CF: “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,” destaca, pois, **dois critérios para a definição de receitas públicas derivadas da exploração de bens naturais, incluindo o petróleo**, a saber: a **compensação** e a **participação nos resultados**. No tocante a essas duas possibilidades de base de cálculo para pagamento de *royalties*, apenas a ‘compensação’ está instituída entre nós, por meio de legislação infraconstitucional, cujo exemplo mais recente é o da Lei 12.734/2012, com seus efeitos suspensos por força de decisão liminar deferida em sede da ADI 4917, impetrada pelo Estado do Rio de Janeiro, pois do lado da hipótese da ‘participação nos resultados’ não existem ainda critérios definidos, que, se existissem, deveriam onerar o lucro dos empreendimentos.

empréstimo elementos da teoria da justiça distributiva intergeracional¹⁵ e um construto jurídico-filosófico, de fundo pragmático-consequencialista, no âmbito da abordagem clássica da Análise Econômica do Direito e de viés voltado para as questões de natureza econômica, a despeito de posições contrárias (ROCHA, 2015).¹⁶

O anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis de 2020, produzido pela Agência Nacional do Petróleo,¹⁷ informa que as reservas de petróleo brasileira estão assim distribuídas, a saber: “**Reservas de Petróleo (em milhões de barris de petróleo) em 2019:** Reservas Continentais: 604,5; Reservas Marítimas: 21.209,3” (Agência Nacional do Petróleo, 2020).

Os números falam por si só, evidenciando pelo simples olhar a predominância e a importância, dos recursos de petróleo no ambiente marítimo, fruto do incremento dos esforços de pesquisa e investimentos realizados pela Petrobras.

Partindo-se de uma concepção de federalismo cooperativo, como proposto pela Carta Constitucional de 1988 (ARAUJO, 2009), procurou-se justificar, no contexto da atual pesquisa, a discussão acerca dos elementos condicionantes da distribuição dos resultados econômicos decorrentes dos *royalties* do petróleo na área da plataforma continental brasileira, que possibilitasse um quadro de equilíbrio e simetria entre os entes federativos nacionais e subnacionais no Brasil, capaz de alavancar, de modo eficiente, as políticas públicas e que resultassem em progresso e minimização dos desequilíbrios regionais.

Compreender a questão do federalismo, relacionado com a temática dos *royalties* do petróleo, a partir de uma análise político-jurídica, calcada em uma abordagem crítico-reflexiva, associando teoria e prática, e embasada não somente em viés de cunho dogmático e positivista, mas amparada, por outro lado, em uma avaliação teórica fundada numa moralidade política, enquanto imparcialidade, posto que a imparcialidade constitui na esfera pública elemento preponderante para a promoção da justiça, representa uma das justificativas maiores do presente trabalho.

¹⁵ A ideia de justiça intergeracional utilizada como um instrumento aplicável à definição da distribuição dos *royalties*, considera a variável temporal que é, usualmente, utilizada, entre nós, pela figura do Fundo Social, se antepõe ao sistema de definição da distribuição focado em elementos geográficos e fundados, tão somente, em critérios de federalismo fiscal, constitucionalmente previsto, no Brasil, como de natureza cooperativa.

¹⁶ Como a posição defendida por, ROCHA, Eduardo Moraes de. *Royalties do Petróleo: Uma Análise Jurídica e Econômica*. In. DERZI, Misabel Abreu Machado, JÚNIOR, Onofre Alves Batista, MOREIRA, André Mendes (organizadores) Estado Federal e Tributação; das origens à crise atual. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

¹⁷ Os dados referidos podem ser consultados na publicação do Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis, edição de 2020 e estão disponíveis para download em <http://www.anp.gov.br> (consulta realizada em 01.01.2020).

É a partir desse tipo de abordagem prático-teórica que se objetivou encontrar os rumos para entender mais profundamente as nuances da repartição dos resultados econômicos decorrentes dos *royalties* do petróleo e a sua repercussão no âmbito da questão federal, dentro de um contexto que permita, a partir da identificação das simetrias horizontais dos entes federados, destacar os valores da democracia, liberdade e igualdade, sem o que dificilmente será possível atingir as finalidades de uma federação realmente justa, na qual os entes federativos, respeitadas as suas diferenças, convivam dentro de um razoável padrão de equilíbrio e harmonia.

Em face de todas as alegações antes apontadas tornou-se justificável discutir a temática proposta pelo presente trabalho, dada a sua relevância e importâncias econômica, jurídica, política e social e o conteúdo de caráter interdisciplinar que o envolve, buscando-se, assim, entender qual a forma de divisão dos resultados econômicos decorrentes dos *royalties* do petróleo que mais se ajusta aos objetivos e finalidades do modelo federativo brasileiro.

Finalmente, procurando sempre dar eficácia ao direito, buscou-se, por meio da identificação de um apropriado instrumento de distribuição dos *royalties* do petróleo, considerada a produção *offshore*, destacar a relevância que tais recursos trarão para o aperfeiçoamento de uma plataforma de desenvolvimento e crescimento econômico, levando em conta a natureza finita do petróleo, o princípio da rigidez locacional e a sua importância na geração de receitas públicas (SCAFF, 2014).

A promoção da análise do regime de divisão dos *royalties* (POSTALI, 2002; scaff, 2014)¹⁸ e da exploração *offshore* de petróleo, parte, na verdade, do marco legal do petróleo, calcado na Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), na Lei nº 12.351/2010 (Lei

¹⁸ O conceito de *royalties*, como um dos elementos da renda mineral e dos recursos naturais como um todo (renováveis e não renováveis), no caso particular do petróleo, constitui tema complexo, tendo em vista as intrincadas previsões legais e que, no caso particular do Brasil, já eram conhecidas desde o advento da Lei n. 9.478/97 (Lei do Petróleo), bem assim, da própria Lei 2.004/1953 (Criação da Petrobras) representando o gênero de receitas públicas, patrimoniais e originárias, nas quais os *royalties* atuam juntamente com mais três instrumentos de arrecadação, típicas dos contratos de concessão (Lei n. 9.478/97), quais sejam: bônus de assinatura, participações especiais e pagamentos pela ocupação e retenção de áreas (Postali, 2002), definindo-se a concessão, a partir de um processo licitatório, a favor daquele que ofertar o maior bônus de assinatura. Essa estrutura legal, da participação governamental definida pela Lei n. 9.478/97, passou a ter outro tipo de enquadramento, com o advento da Lei n. 12.351 (Lei do Pré-sal), preservando, contudo, a figura dos *royalties*. Em sua ideia inicial, o *royalty* é a palavra inglesa que traduz a ideia daquilo que pertence ao Rei. No fundo, o *royalty* não significa uma participação nos resultados econômicos advindos da produção mineral ou dos recursos naturais *latu senso*, mas a própria assertiva da soberania e domínio sobre as riquezas minerais e recursos naturais inseridos na esteira da titularidade dominial da União (SCAFF, 2014).

do Pré-sal), e, bem assim, na Lei nº 12.734/2012¹⁹, que alterou a primeira e encontra-se contestada, em sede de ADIs (nº 4916, nº 4917, nº 4018 e nº 4020), no Supremo Tribunal Federal, propostas pelos Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente, e já contando, a essa altura, com a suspensão dos seus efeitos, por meio de decisão liminar, de caráter cautelar, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da lavra da Relatora para o processo, Ministra Carmem Lúcia, em 18.03.2013 (ADI 4917)²⁰, tendo em vista os questionamentos acerca de um suposto desequilíbrio federativo, do comprometimento das receitas públicas e de outras distorções de natureza econômica infligidas a determinados entes federativos da região sudeste, tidos como Estados Produtores, em especial o Estado do Rio de Janeiro, que passaria a perder, em tese, uma fatia considerável desses recursos, com o advento do novo regime de distribuição de rendas (BRASIL, 1997; BRASIL, 2010; BRASIL, 2012).

Os argumentos da decisão liminar suspensiva, monocrática e de caráter cautelar, deferida “*ad referendum*” do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da lavra da Ministra Carmem Lúcia, na ADI 4917, à qual estão apensadas as demais ações constitucionais correlatas, anteriormente citadas, em 18.03.2013²¹, traz à baila um intenso debate, que coincide com o próprio objeto da presente tese de doutorado, cujo detalhamento far-se-á mais adiante, em capítulo próprio.

Na decisão liminar a Ministra Relatora deferiu a medida cautelar, acolhendo o argumento autoral e consagrando aos Estados produtores e confrontantes e bem assim os Municípios confrontante e afetados, a titularidade de direito subjetivo à

¹⁹ A Lei n. 12.734/2012, define, em resumo, um novo quadro de distribuição dos *royalties* do petróleo, destacados a partir da promulgação dos vetos validados pelo Congresso Nacional, definindo novas alíquotas de participação e consolidando a lógica da partilha dos resultados econômicos dos *royalties* derivados da produção de óleo e gás natural no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, para todos os Estados da Federação, ideia que, atualmente, está em discussão no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, propostas pelos Estados do Sudeste.

²⁰ O atual estado da arte a respeito do assunto aponta, com base na Lei n. 12.734/2012, tendo em vista a medida liminar concedida pela Ministra Carmem Lúcia, para a suspensão dos efeitos de vários dos seus artigos (42-B; 42-C; 48, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50, §2º; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D e 50-E, relativos à divisão dos resultados econômicos dos *royalties* de petróleo, derivados da produção *offshore*, por todos os Estados da Federação.

²¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 15.03.2013, impugnando as novas regras de distribuição dos *royalties* e participações especiais devidos pela exploração do petróleo, introduzidas pela Lei 12.734/2012. Acessado por meio do link

participação nos *royalties* derivados da produção *offshore*, sobretudo aquele que define o direito fundamental à autonomia federativa dos seus distintos entes.

As discussões postas nessas ADIs, caso sejam decididas como improcedentes, prevalecendo o novo marco da partilha dos *royalties* definidos pela Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012), constitui, no presente momento do estado da arte, o ponto de destaque, cujo desate poderá estabelecer uma moldura importante em torno da matéria, vindo a impactar, profunda e quiçá negativamente, os interesses de alguns Estados da Federação, ditos produtores e confrontantes com as zonas marinhas de produção de óleo e gás natural, e bem assim os Municípios afetados, abrindo um cenário diverso, desconhecido até o surgimento do novo posicionamento do legislador federal, embasado em outro tipo de entendimento e argumentação, a partir de uma nova lógica, pautada pela premissa de que “poucos devem perder para que muitos possam ganhar”.

Todavia, a continuar, no pleno do Supremo Tribunal Federal, a prevalência dos fundamentos que foram utilizados na concessão da medida cautelar, da lavra da Ministra Carmem Lúcia (ADI 4917), a primeira observação a que se pode chegar, nesse momento, é a da decisão pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2012) e quiçá um retrocesso na forma de encarar a temática da distribuição dos *royalties* entre os entes federativos nacionais e subnacionais.

No entanto, a elucidação desse problema, que afeta, de uma forma ou de outra, toda a federação, ainda está longe de vir a ser apaziguado, pois algumas questões importantes não foram, ainda, objeto da decisão prolatada pela Ministra Carmem Lúcia (ADI 4917), dentre elas a natureza jurídica dos *royalties*, o pretense envolvimento de um componente tributário, relativo ao ICMS, inserido na questão e a própria elucidação hermenêutica do conteúdo, significado e alcance da norma constitucional do Art. 20, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), e que esperamos sejam superadas no momento da análise da referida ação constitucional no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A análise da bibliografia disponível²² demonstrou que a questão da distribuição dos *royalties* da exploração *offshore* de petróleo tem tido, de um lado, a sua discussão ancorada preferencialmente em argumentos expressamente dogmáticos, e que, ao

²² Vide as referências de bibliografia citadas no final do texto, nas quais pode se ter uma dimensão dos inúmeros registros que dão conta do atual estado da arte que cerca a análise da distribuição dos *royalties* e os seus desdobramentos.

menos nessas nossas análises, são insuficientes para a elucidação dessa questão complexa; e por outro lado, trazem à baila argumentos embasados em entendimentos questionáveis (por exemplo, o direito aos *royalties* assegurado aos Estados Produtores, decorrentes da produção no ambiente *offshore*, tese que pode ser discutida e até mesmo afastada, com base, a princípio, em singelos elementos de Direito Internacional e do Direito do Mar)²³.

Essa não tem sido a tônica das manifestações de uma boa parte de juristas que tratam a questão em comento, defensores dos direitos dos Estados ditos produtores, mas que, todavia, deixam transparecer, nos seus argumentos, um claro viés de caráter corporativo e de prevalência de interesses regionais de determinados entes federativos²⁴ (BICHARA; MONTENEGRO, 2015), sobretudo aqueles da região sudeste do país, beneficiados até aqui fortemente pelos resultados econômicos dos *royalties* decorrentes da produção *offshore*, em detrimento, dos interesses legítimos dos outros entes federais como se tentará comprovar.

Não são diferentes os posicionamentos pelos quais, os ditos Estados Produtores fundamentam, eles mesmos, as suas razões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ora em apreciação na mais alta Corte de Justiça do país.

1.1 IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E JURÍDICA DOS ROYALTIES

A importância do tema em comento se faz presente a partir da observação de vários elementos de naturezas econômica e jurídica, fundamentalmente.

A partir da **perspectiva econômica**, convém salientar, em primeiro lugar, que a produção de petróleo no Brasil, teve início com a exploração *onshore*, a partir do conhecimento haurido dos estudos geológicos desenvolvidos no âmbito das bacias sedimentares em ambiente continental e que constituiu, durante algum tempo, a primeira trincheira da exploração de petróleo em solo pátrio.

²³ Posição adotada, a título de exemplo, por Sacha Calmon Navarro Coelho (COELHO, 2013). *Royalties do Petróleo: A lei nova é constitucional – a lei federal nº 12.734/2012 e as convenções sobre o direito do mar*. In DERZI, Misabel Abreu Machado, JUNIOR, Onofre Alves Batista, MOREIRA, Andre Mendes (Organizadores). *Estado Federal e Tributação: Das Origens à Crise Atual*. Belo Horizonte, Editora Arraes, 2015.

²⁴ Port todos, vale destacar o trabalho de Luiz Gustavo A. S. Bichara e Matheus Reis e Montenegro, publicado em 2015 na obra *Estado Federal e Tributação – Das Origens à Crise Atual*, Organizada por Misabel Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior e André Mendes Moreira, sob o título *Royalties do Petróleo – Uma análise jurídica e econômica*.

Com o “aparente esgotamento” do ambiente geológico das bacias sedimentares continentais, restou aberta uma nova fronteira de pesquisa de óleo e gás, na ambiência *offshore*, provocando uma alteração de rumo nos investimentos da Petrobrás, redirecionados para o campo geológico dos modelos marinhos.

O sucesso econômico dessa nova opção política e estratégica de pesquisa desse recurso natural e que provocou o redirecionamento dos investimentos da Petrobrás, das áreas continentais (*onshore*) para as áreas da plataforma continental (*offshore*), torna-se evidente com a comprovação de novas e importantes descobertas, implicando, pois, no aumento substancial das nossas reservas de óleo e gás, incorporadas ao acervo da estatal de petróleo, possibilitando, ademais, um claro incremento da produção.

A título de comprovação desse resultado exitoso, os dados da figura abaixo (Crescimento das Reservas de Petróleo – fonte ANP, Agência Nacional de Petróleo), mostram claramente a curva de evolução anual das reservas de petróleo brasileiras, em bilhões de barris, e, o mais importante, é que tal fato coincidiu com a mudança da política de exploração adotada pela Petrobrás, priorizando a exploração *offshore*, por volta de 1990 e sobretudo a partir de 1995 com a flexibilização do monopólio da União em face da Emenda Constitucional (EC) 09/95 (BRASIL, 1995).



Figura 1 Crescimento das Reservas de Petróleo (Fonte: ANP, 2020)

Observe-se, na figura antes mencionada, que o crescimento exponencial das reservas de petróleo a partir de 1995, coincide, de um modo geral, com a flexibilização

do regime do monopólio constitucional da União, em relação ao petróleo, resultado dos reflexos da Emenda Constitucional 09/95 (BRASIL, 1995).

Não resta dúvida que a EC 09/95 (BRASIL, 1995) ao flexibilizar o monopólio da União na área do petróleo, abrindo margem para a participação de investidores privados no setor, trouxe uma nova dimensão para as atividades de exploração, refletida, no caso, no quadro do crescimento das reservas nacionais de petróleo.

Apenas como registro de mais uma componente econômica do tema, convém destacar que as atividades envolvendo petróleo e gás natural, representam uma das principais fontes de receitas do país, tendo movimentado, apenas em 2010, mais de 500 bilhões de reais, conforme afirmam Gustavo Brigagão e Bruno Lyra (2015), em artigo de obra coordenada pela jurista Mizabel Derzi (2015).

Dados comprovam²⁵ um recorde de produção brasileira de petróleo, tendo atingido um patamar de 3,74 milhões de barris de óleo equivalente por dia (boe/dia), representando um acréscimo de 57,71% em relação aos números de 2010 (ANP, 2020).

Em 2020, a produção nacional atingiu o montante recorde de 3.740.612,09 barris de petróleo equivalente por dia, destacando-se que na última década o incremento de produção se deu de forma constante, a exceção apenas dos anos de 2012 e 2018 (ANP, 2020).²⁶

Convém destacar, que em 2020, a contribuição do pré-sal no montante global da produção foi da ordem de 68,61%, comparado com apenas 1,53% em 2010 (ANP, 2020).²⁷

Considerando a muito provável escalada da produção, projetada a partir do aprofundamento dos trabalhos de exploração na área do pré-sal, é possível admitir que se venha a ter, no curto prazo, um aumento substancial nos rendimentos econômicos derivados da indústria do petróleo, incluindo a parcela de *royalties*.

Há estimativas de que a produção de petróleo seja triplicada no médio prazo e que os preços se mantenham em média no patamar atual, podendo essa receita pública subir para um patamar de quase o dobro do que o imposto sobre o cheque (a antiga CPMF) arrecadava anualmente. Isso sem contar o aumento esperado na arrecadação de impostos, como o de renda, ou das contribuições, como é o caso

²⁵ Dados divulgados pela Agência Nacional de Petróleo, no site www.gov.br (acessado em 05.07.2021)

²⁶ Idem

²⁷ Idem

daquela que incide sobre o lucro líquido, sem falar dos ganhos financeiros que a própria negociação de petróleo e gás natural poderá gerar, considerada a parcela de petróleo da União resultante dos contratos de partilha de produção na região do pré-sal (AFONSO; GOBEETTI, 2008)²⁸.

Convém, ainda, lembrar que, em momentos de escassez de receitas e em face da dificuldade da ampliação da matriz de arrecadação de tributos, pois, no caso brasileiro, a carga tributária já se queda em níveis insuportáveis, a busca, pelo Estado, de fontes alternativas de receitas, sempre é perseguida, de sorte que a geração de recursos advindos dos *royalties* decorrentes da produção de petróleo constitui, de modo irretocável, uma fonte de receitas altamente desejável, o que, do ponto de vista econômico, coloca em destaque a importância do tema em comento.

O petróleo tem sido efetivamente apontado como uma *commodity*,²⁹ um bem natural (mineral) estratégico, de grande relevância em nível mundial e influenciador de inúmeras questões políticas, econômicas e sociais (AFONSO; GOBEETTI, 2008).

Não é menos verdade que o petróleo tem se mostrado irresistivelmente atraente como objeto de estudo e tema de várias discussões nos mais variados campos, desde quando se tornou a principal *commodity* da economia moderna.

No Brasil, como de resto em outros tantos Estados nacionais, onde a legislação tem sofrido oscilações de conteúdo, mais ou menos recentes, com a opção político-constitucional de uma maior participação do Estado, materializada no regime do monopólio e uma certa flexibilização na participação do Estado, a partir do advento da Emenda Constitucional 09/95 e a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) (BRASIL, 1995; BRASIL, 1997) e o conseqüente envolvimento do setor privado nacional e internacional, a produção de petróleo tem tido papel fundamental como elemento indutor no desenvolvimento econômico, a despeito das mazelas observadas em várias áreas (riscos ambientais, impactos sociais), mas que no caso brasileiro têm ocorrido de forma pontual e, de certa forma, insignificante. nas quais a exploração de petróleo tem criado enormes distorções e prejuízos.

Aqui entre nós, mormente após a descoberta das reservas do pré-sal, na área da plataforma continental, e as grandes expectativas geradas a partir dos enormes resultados econômico-financeiros previstos em face da exploração *offshore*, essa

²⁸ Informação obtida do artigo produzido pelos economistas José Roberto Rodrigues Afonso e Sérgio Wulf Gobeetti.

²⁹ Commodity são matérias-primas que possuem baixo índice de industrialização.

temática tem sido objeto de variadas análises dentro da perspectiva multidisciplinar e, sobretudo, no amplo campo do direito.

Muito embora a exploração de petróleo ocupe, sem dúvida, papel de destaque no âmbito da promoção do desenvolvimento econômico, o seu papel indutor na economia, independentemente do nível de desenvolvimento do Estado (IKEIN; ANIGBOH, 1998)³⁰ a ser considerado, suscita várias questões (finitude de recursos, rigidez locacional, doença holandesa), no mínimo contraditórias, e que decorrem da própria natureza intrínseca desta atividade.

Basta lembrar, em primeiro lugar, o caráter finito desse bem mineral, fator que coloca toda a indústria petrolífera em clara perspectiva de dificuldade quanto ao seu prognóstico de desenvolvimento de longo prazo.

Destaque-se, ainda, que a atividade petrolífera constitui uma daquelas que demandam altíssimo grau de investimento e especialização, sendo essa mais uma das questões a serem consideradas, de forma muito particular, sobretudo no que tange aos campos de exploração na área do pré-sal brasileiro, sem deixar de reconhecer que no nosso caso a Petrobras reúne um acervo respeitável de conhecimento técnico e domínio do estado da arte no setor.

E que dizer, pois, das questões relacionadas ao meio ambiente e às políticas de substituição que são continuamente levadas em conta pelos distintos Estados nacionais, em que pese a participação atual ainda amplamente majoritária da participação do petróleo como fonte destacada e matriz de geração de energia mundial? Claro que tais variáveis já passam a ser amplamente consideradas por todos aqueles que atuam no setor.

Não resta dúvida, por outro lado, a enorme gama de dificuldades que a indústria petrolífera tem que assumir quando confrontada com a política de preços mundiais que rege essa commodity, já que as oscilações no nível de preços observadas na análise da série histórica da exploração de petróleo, em nível mundial, demonstram,

³⁰ Um caso emblemático situa-se no continente africano, mais especificamente na Nigéria onde a exploração do petróleo tem gerado enormes transformações políticas e econômicas. “Nigeria as a nation has the potential to harness and manage its vast human and natural resources effectively to promote growth and development”. Contudo, a commodity esteve relacionada a inúmeros fatos marcantes da história nacional, como a manutenção do governo militar por mais de 30 anos, os desdobramentos da guerra civil de 1967, os violentos conflitos sociais do Delta do Níger e as inúmeras manifestações de corrupção, que tem resultado num baixo grau de industrialização, uma agricultura insuficiente e uma mineração claudicante, fazendo com que o governo se demonstrasse incapaz de administrar adequadamente as riquezas advindas dos petrodólares e sem forças para promover uma melhor condição de vida para a população nigeriana.

claramente, os problemas que tal parâmetro desempenha no setor, sendo indispensável àqueles que se voltam para o desenvolvimento de qualquer política de gestão na área do petróleo estejam permanentemente atentos não somente à questão da espiral de preços, mas também em tudo aquilo que envolve o problema dos investimentos de longo prazo.

Não se deve deixar de lado, também, a questão da doença holandesa, como mais um desses paradoxos, observada na Holanda nos idos de 1950, em face da exploração dos campos de óleo e gás naquele país e os efeitos decorrentes da valorização da moeda nacional e conseqüente desvalorização das suas indústrias, ocasionando um destacado processo de desindustrialização ao tornar mais viável a importação de produtos estrangeiros do que a sua produção no mercado interno (BERCOVICI, 2011).

De uma certa forma, pode-se afirmar que o efeito da doença holandesa, de modo análogo, já se faz sentir, segundo alguns (VILLAS BOAS, 2020)³¹, no Brasil, na medida em que os *royalties* decorrentes da exploração *offshore* de petróleo na área da plataforma continental, distribuídos entre os Estados produtores, não apresentam a contrapartida relevante, que seria de se esperar, no que tange ao grau de desenvolvimento econômico correspondente ao incremento das receitas públicas.

Ao contrário do que se poderia supor como razoável, resta comprovada, em muitos casos, como acontece entre nós, muito especialmente no leste fluminense, a decrescente incidência de receitas tributárias e o aumento das despesas correntes nos Estados produtores aquinhoados com a repartição das receitas de *royalties* decorrentes da exploração de óleo na plataforma continental brasileira (MERCADANTE, 2010).³²

Deve-se considerar, todavia, que em face de distintas situações e circunstâncias, esses paradoxos inerentes à indústria do petróleo, podem repercutir de modo diferente no processo de indução do desenvolvimento econômico,

³¹ Municípios que mais recebem verba do petróleo no Estado do Rio de Janeiro, ao contrário do que se poderia esperar, apresentam pouco avanço nos índices sociais, segundo informa a empresa de consultoria MACROPLAN (obtido do site da MACROPLAN <https://www.macroplan.com.br> em 21.02.2019).

³² Convém salientar o pensamento de Mercadante (MERCADANTE, 2010), que aponta para as agruras decorrentes das atividades da indústria do petróleo na região *offshore*, mostrando que, no leste fluminense, em que pese os extraordinários patamares de *royalties* oriundos da produção *offshore* de petróleo, não restaram caracterizados os resultados econômicos desejáveis em face desse tipo de atividade, o que, de início, sugere um perfil, no mínimo, contraditório.

contribuindo tanto para a aceleração do processo de crescimento, como, ao contrário, ser um fator de desestabilização desse mesmo processo.

Veja-se, por exemplo, a questão da Venezuela, país rico em reservas de petróleo, sétimo produtor mundial de óleo, com reservas estimadas superiores a 80 bilhões de barris, segundo fontes da OPEP, mas com uma economia totalmente esgarçada e em franco e profundo processo de desestabilização, deixando totalmente comprometido todo o processo de desenvolvimento econômico daquela nação.

Claro que não se pode atribuir tal resultado à questão isolada do petróleo, mas a uma série de outros fatores que atuam e atuaram conjuntamente, tais como o baixo grau de industrialização daquele país, a espiral de preços mundiais do petróleo que em muito impactou toda a cadeia produtiva nacional de petróleo venezuelana, o déficit fiscal, a escalada da dívida pública, o aprisionamento da economia nacional aos grilhões da política rentista e, mais importante do que tudo, a desvalorização dos preços do petróleo no mercado mundial de commodities e que, ao fim e ao cabo, levou o país a vivenciar o desgaste profundo das suas reservas cambiais e o aprofundamento de uma crise política e social sem precedentes (MARINGONI, 2011).³³

Portanto, o que seria um passe livre para um futuro promissor tem se transformado, nos últimos tempos, na Venezuela, mais em um pesadelo sem perspectiva de reversão.

São apropriadas, neste sentido, as críticas do saudoso professor e economista Celso Furtado (2008)³⁴, a saber:

É interessante observar que o desenvolvimento venezuelano, ainda que se apresente em termos muito diferentes do usual das economias latino-americanas, criou problemas que exigem soluções correntes nessas economias. Com efeito, na quase totalidade das economias latino-americanas, os problemas mais fundamentais são escassez relativa de capital e reduzida capacidade para importar. (...) Na Venezuela a situação é praticamente oposta: o sistema tende a afogar-se em excesso de capacidade para importar e de recursos financeiros. Mas esse mesmo processo de afogamento criou o desequilíbrio fundamental entre o nível

³³ Convém atentar para o ensinamento de Maringoni (MARINGONI, 2017), quando destaca aspectos da mais alta relevância para comprovar as razões pelas quais a Venezuela passou a sofrer os reflexos negativos decorrentes da exploração de óleo e gás, cujos resultados não contribuíram para o que se esperava fosse representar os melhores padrões de desenvolvimento econômico.

³⁴ Em que pese o fato de deter enormes reservas de óleo e gás, a Venezuela não reflete, no âmbito social, nem tampouco, no campo do desenvolvimento econômico, os reflexos que seria de se esperar dos resultados gerados a partir da indústria de petróleo, observando-se, ao contrário, diante de uma nação detentora de enormes potencialidades no campo de óleo e gás, a identificação de uma situação de extremo desconforto e desequilíbrio de sua economia (FURTADO, 2008).

médio da produtividade e o dos salários monetários – em relação aos países que concorrem no mercado venezuelano. Este desequilíbrio está na raiz do que chamamos as ‘peculiaridades’ do desenvolvimento da economia deste país. (FURTADO, 2008)

Não obstante a presença de todos esses paradoxos observáveis na indústria petrolífera, o fato verdadeiro é que, ainda assim, a exploração de petróleo continua desempenhando um papel importante como elemento indutor no desenvolvimento econômico e disso não podemos nos afastar.

Neste sentido, o exemplo da Noruega é, sem dúvida, marcante e bastante ilustrativo para todo aquele que se dedique a construir uma base teórica acerca da indústria do petróleo e sua repercussão como elemento indutor do desenvolvimento econômico, muito embora, o exemplo desse país, não possa ser importado e aplicado diretamente no caso brasileiro, sem levar em consideração as peculiaridades e circunstâncias próprias do Brasil e, sobretudo, sem apreciar as balizas do nosso modelo federativo³⁵ (GPFG, 2020).

Fato é que as mesmas preocupações que cercaram países como a Noruega, grande produtor de óleo, também devem fazer parte do conjunto de alertas a serem colocados diante de todos aqueles que se devotam ao estudo do tema no Brasil, mormente após a descoberta das reservas do pré-sal na plataforma continental brasileira, situação que requer os mesmos cuidados já utilizados por tantos outros países, a exemplo da Noruega que, entre outras medidas, criou um fundo soberano, com aplicação dos recursos no exterior, como forma de mitigar os efeitos nocivos da abundância de óleo e poder deter, assim, a possível desvalorização da moeda nacional, desenvolveu os cuidados no que tange às questões relativas à necessária diversificação da indústria local, na qual as políticas de conteúdo local devem assumir posição de destaque e tomou as medidas que visam evitar o descompasso cambial que, de forma alguma, em se tratando de um programa de longo prazo de exploração de óleo e gás, pode ser deixado de lado (GPFG, 2020).³⁶

³⁵ Registre-se, por importante, ao nosso sentir, os aspectos relacionados com o modelo de Estado, a dimensão continental da nação brasileira e as imensas desigualdades regionais que são marcantes no Brasil e que constituem alguns dos motivos pelos quais a questão da experiência da Noruega deve ser encarada com algumas reservas.

³⁶ In Norway, The Government Pension Fund Global, originally called Government Petroleum Fund, was established in 1990 to ensure a long-term perspective in the management of government petroleum revenues. At the end of 2020, the fund's market value was just under NOK 11.000 billion. This corresponds to around NOK 2 million per registred person in Norway (informação obtida do site <https://www.norskpetroleum.no/en/economy/management-of-revenues/> (acessado em 05.07.2021).

Nada disso, porém, será válido se continuarmos, no caso brasileiro, a adotar as opções que levem a uma interpretação minimalista da questão federal, sem considerar as demais demandas de ordem legal, econômica, política e social que as explorações de petróleo, independentemente do local onde são processadas, sempre trazem à baila.

Muito embora a exploração de petróleo constitua, sem dúvida, uma ferramenta de indução do crescimento econômico e desenvolvimento social, o atingimento dessa meta carece da utilização de medidas que devem ter como pressupostos, opções mais racionais, focadas, sobretudo, nas políticas de partilha de *royalties* consideradas, no caso brasileiro, as peculiaridades do nosso Estado Federal.

Do lado do direito, a partir de uma percepção essencialmente jurídica, é notória a importância do tema analisado nessa presente tese de doutorado, pois não se pode negar que os recursos advindos dos *royalties* do petróleo são receitas financeiras do Estado, vinculadas a um bem de propriedade da União, esteja ele em lavra ou não, constituindo propriedade distinta do solo, para efeitos de exploração ou aproveitamento, nos exatos termos do Art. 176 da Constituição Federal de 1988 e que, a depender do regime contratual de exploração aplicado (concessão, partilha de produção ou outros), poderá passar a figurar, de forma maior ou menor, na esfera patrimonial de entes privada, também aqui, nos exatos termos do Art. 176, da Constituição Federal de 1988, garante ao ente responsável pela exploração a propriedade do produto da lavra.

Destaque-se, desde já, a condição de bens da União atribuída pelo legislador constitucional de 1988 aos recursos minerais, inclusive os do subsolo (Art. 20, IX, da Constituição Federal de 1988) e os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, definida quanto aos seus limites em normativos expressos da Convenção do Direito do Mar (Convenção de Montego Bay).

Portanto, do ponto de vista do patrimônio, com foco nos normativos antes referidos da Constituição Federal de 1988, os bens minerais e os recursos naturais não-renováveis (petróleo, por exemplo) são bens da União, muito embora a o legislador constitucional assegure distribuição, conforme a lei, dos resultados econômicos de sua exploração, conforme expressamente afirma, no caso especial do petróleo, o Art. 20, §1º, da Carta da República de 1988.

Ao definir os recursos minerais e naturais como bens da União, a Constituição de 1988 permite que se traga à baila a discussão acerca da natureza jurídica desses

bens, havendo na doutrina alguma discussão e posicionamentos divergentes sobre o tema.

Ao fim e ao cabo, qual a classificação jurídica desses bens da União? Que tipo de bem seria esse?

A palavra bem pode ser analisada a partir de vários olhares, interessando a nós, nesse momento, o seu conceito jurídico, ou seja, aquele que atribui à noção de bem “aos valores materiais ou imateriais que poder ser objeto de uma relação jurídica” (MONTEIRO, 2003).

Assim, bens são coisas materiais ou imateriais que agregam valor econômico e que podem ser objeto de uma relação jurídica, ou seja, que possa ser apropriado e tenha subordinação jurídica ao seu titular (DINIZ, 1998).

Tomando a pauta do Código Civil, pode-se dividir os bens, com foco no critério da titularidade do domínio, em bens públicos e bens privados, os primeiros como sendo da titularidade de pessoas jurídicas de direito público interno.

Nessa linha, pode-se afirmar que são bens públicos, a teor do que dispõe o Art. 98 do Código Civil, todos aqueles que são de domínio nacional e pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno.

Ainda com base no Código Civil é possível classificar os bens públicos em (a) bens de uso comum do povo; (b) bens de uso especial e (c) bens dominicais.

Dessa modulação classificatória adotada pelo Código Civil pode-se arguir algumas observações, a saber:

1. Os bens de uso comum não se integram na esfera de patrimonialidade de quem quer que seja, não se afirmando nos moldes individuais, mas como direito coletivo de ordem pública (MARQUES NETO, 2009). Nessa mesma linha entende Pontes de Miranda, citado por Fernando Facury Scaff, de que “o titular do direito sobre os bens (de uso comum), não é pessoa de direito público – é o povo mesmo, posto que ao Estado cabe velar por eles (.....) O uso comum é exercício de direito público, e não de direito privado (SCAFF, 2014);
2. Os bens afetados a algum uso especial conferem, com foco no interesse público, direito exclusivo ao utente, sendo o seu usuário direto o Poder Público, constituindo propriedade privada do Estado, afetada a uma determinada utilização especial (SCAFF, 2014);

3. Já os bens dominicais são bens públicos não afetados a nenhuma atividade estatal, tendo como função gerar receitas para os cofres do Estado.

Muito embora haja divergência doutrinária a respeito da classificação do petróleo, enquanto bem público (petróleo como bem público de uso especial, como defende Gilberto Bercovici), comungamos com Scaff (SCAFF, 2014) acerca da natureza de bem público dominial do petróleo.

Em resumo, o petróleo configura um bem público dominial, um bem estratégico, da titularidade da União, gerando, nessa condição, a partir da sua exploração, receitas patrimoniais originárias, que são constitucionalmente distribuídas, conforme a lei (Art. 20, §1º, CF/88), restando dirimir, pois, as questões que se avolumam em torno dos critérios de partilha dos resultados econômicos decorrentes da lavra de óleo e gás e que são discutidos por provocação dos entes subnacionais e locais da federação brasileira, tendo em vista os critérios utilizados pelo legislador federal infraconstitucional.

1.2. A INSERÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ROYALTIES

Antes mesmo de analisar a questão a partir do viés constitucional, cabe destacar que no plano do direito internacional restou, de há muito, plenamente definida a soberania dos Estados sobre os seus recursos minerais, destacadamente o petróleo, temática que tem, pois, relação clara com a forma pela qual se analisa o problema dos resultados econômicos decorrentes da atividade de exploração, incluindo os royalties, em especial.

Neste ponto, cabe destacar a Resolução nº 1.803, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1962, que assegura aos Estados Nacionais a soberania sobre os recursos minerais localizados em seu território.

Seguindo o ensinamento haurido de Antônio Augusto Cançado Trindade (TRINDADE, 1984), destacamos que

O processo, no entanto, tinha raízes bem mais profundas, remontando seus antecedentes às décadas de cinquenta e sessenta. Foi a partir dos anos cinquenta, com as nacionalizações que se seguiram, que o conceito de soberania permanente dos Estados (de conteúdo econômico, distintamente do conceito anterior de soberania, pura e ingenuamente político) passou a formar-

se no seio da ONU, com a adoção de uma resolução em 1952 sobre o direito de se explorar livremente os recursos e riquezas naturais. Nessa época já se prenunciava a emergência política do "terceiro mundo", com o comunicado final da Conferência de Bandung (abril de 1955). Na década seguinte verificou-se uma mudança básica na terminologia adotada pelas resoluções da ONU: já não mais se falava de "direito de se explorar livremente os recursos", mas antes de "soberania permanente sobre os recursos". A mudança conceitual foi de grande importância por suas inúmeras implicações.

Não se pode deixar de destacar, igualmente, a preocupação do Direito Internacional, assegurando aos Estados Nacionais, o direito de exploração dos recursos naturais, na trilha do que dispõe a Convenção de Montego Bay, nas áreas da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, questão muito cara ao Brasil e que nos interessa de perto, sobretudo, em face das gigantescas reservas de petróleo e gás na área do Pre-sal situadas, em sua grande parte, na zona econômica exclusiva.

ARTIGO 56

Direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na zona econômica exclusiva

1. Na **zona econômica exclusiva**, o Estado costeiro tem:

a) **direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais**, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos (CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY, 1982)

As referidas garantias estão ancoradas no interesse do desenvolvimento nacional e no bem-estar do povo desses Estados Nacionais individualmente considerados.

Analisando o tema, agora, a partir da **perspectiva jurídica**, após ter abordado o tema em face da sua importância econômica, não se pode negar a profunda contribuição, definida em sede constitucional, decorrente do advento da Emenda Constitucional nº 09, de 1995, que alterando a redação originária do Artigo 177, da Constituição Federal de 1988, trouxe à luz uma modificação significativa do regime de

pleno monopólio na exploração de petróleo no Brasil³⁷ (BRASIL, 1995; BRASIL, 1988).

Com tal alteração do texto constitucional de 1988, restou possibilitada à União, desde então, delegar os esforços de exploração, antes centralizados exclusivamente na Petrobrás, para os entes privados ou públicos, nos termos da lei, assim entendido, uma exploração desenvolvida sob as regras da aplicação do “regime de concessão”³⁸ (Lei nº 9.478/1997, conhecida como Lei do Petróleo) e, posteriormente, quando do advento do pré-sal, conforme as regras do “regime de partilha de produção”³⁹ (Lei nº 12.351/2010, conhecida como Lei do Pré-sal) (BRASIL, 1988; BRASIL, 1997; BRASIL, 2010).

Independentemente de qualquer juízo de valor, acerca do aspecto positivo, ou não, da repercussão, na prática, da Emenda Constitucional nº 09, de 1995, os dados retratados pela figura acima (Crescimento das Reservas de Petróleo – Figura 1), mostram, de forma evidente, a “coincidência” do crescimento exponencial das reservas de óleo, a partir do advento dessa incorporação modificativa do texto constitucional que deu nova redação ao Artigo 177, da Carta da República de 1988 (BRASIL, 1995; BRASIL 1988).

Tudo isso, portanto, aponta, é claro, para a perspectiva do aumento potencial das receitas advindas dos resultados econômicos da produção de petróleo, cuja pauta de regulamentação, em sede constitucional, restou explicitada pelo Artigo 20, §1º, da Constituição Federal de 1988, retratado a seguir, sobretudo a partir do desenvolvimento do incremento da exploração em ambiente *offshore*, dinamizada, pois, pela flexibilização do monopólio constitucional do petróleo da União, nos termos dados pela nova redação do já referido Artigo 177, da Carta da República de 1988 e também, convenhamos, pela opção política da Petrobrás em redirecionar, a partir daí, os rumos da pesquisa de petróleo no país (BRASIL, 1988).

³⁷ Artigo 177 da Constituição Federal de 1988 que define os novos parâmetros mitigados do monopólio da União na área do petróleo.

³⁸ No “regime de concessão”, além das previsões legais acerca dos rendimentos da exploração, incluídos aqui os “royalties”, a União não participa dos lucros da operação, nem tem direito a qualquer parcela do petróleo produzido, já que por definição, nesse regime, o concessionário é o detentor da titularidade dominial de todo o óleo produzido, embora a União mantenha a opção legal de que o óleo produzido seja comercializado, de forma prioritária, pela concessionária, visando suprir, se necessário, as demandas no âmbito interno do mercado nacional.

³⁹ No “regime de partilha”, além das previsões legais acerca dos rendimentos da exploração, dentre os quais se destacam os bônus de assinatura e os royalties de produção, a União tem o direito, já definido no processo licitatório, de participar na própria produção de óleo obtida pela concessionária, por meio de uma porcentagem aplicada sobre o bem produzido, paga em óleo, configurando situação totalmente distinta daquela prevista no regime de concessão.

Muito embora, sob a **perspectiva constitucional**, a questão do tratamento dos bens minerais, inclusive o petróleo e, bem assim, a modelagem da distribuição dos resultados econômicos advindos da produção desses bens esteja definida, cabe destacar que, em nenhum momento, o texto constitucional brasileiro de 1988 (BRASIL, 1998), nem os anteriores a ele, faz qualquer menção à expressão *royalty*, para sinalizar a respeito dos resultados econômicos oriundos da produção de petróleo, seja ela desenvolvida na área continental (*onshore*) ou decorrente da produção em ambiente de plataforma continental (*offshore*), conforme aponta o magistério de Scaff (2014), discussão essa que se trava, na verdade, de forma detalhada, na esfera infraconstitucional.

Diferentemente do que possa parecer, a **temática jurídica dos resultados econômicos** oriundos da produção de petróleo, remonta, no contexto temporal, a uma época distante e que coincide com os primórdios da discussão das questões pertinentes à indústria do petróleo no Brasil.

Do alto da perspectiva histórica, a **visão jurídica** dos resultados econômicos da produção do petróleo nos remete, pois, a tempos que remontam, na verdade, à criação da própria empresa estatal brasileira de petróleo, a PETROBRÁS.

Estamos falando, pois, dos idos da década de 50, quando, pela Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953, foi criada a PETROBRÁS, no período do governo do Presidente Getúlio Vargas e instituída, então, a “Política Nacional do Petróleo” (BRASIL, 1953).

Cabe ressaltar, de outro ponto de vista, todavia, que a **constitucionalização dos rendimentos econômicos** advindos da produção *offshore* de petróleo no Brasil, calcada sob o preceito da titularidade dominial da União, bem como a previsão da partilha desses resultados pelos entes federativos subnacionais, se faz notar, de modo mais consolidado, a partir da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988; LOUREIRO, 2012), pautada que foi tal questão pelo seu Artigo 20, § 1º, que expressamente trouxe à baila a referência às balizas da “**compensação**” e “**participação**”, esses sim, conceitos referidos textualmente pelo legislador constitucional de 1988, a saber:

São bens da União:

(.....)

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

(.....)

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

(.....)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao 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 ou zona econômica exclusiva, ou **compensação** financeira por essa exploração. (negritos nossos). (BRASIL, 1988)

A análise dos resultados econômicos advindos da produção do petróleo a partir dessa perspectiva constitucional, nos coloca diante da apreciação das temáticas relativas ao próprio direito de percepção dessas receitas, bem como no que diz respeito ao regime aplicável de partilha dos referidos resultados econômicos decorrentes da produção, entre os entes federativos subnacionais, mormente no caso da exploração *offshore*.

Sem verticalizar a discussão, o fato é que, os Estados Federados, segundo Loureiro (2012):

afastados da propriedade das jazidas de petróleo em 1941 (Decreto-Lei 3236/41), lograram obter participação (somente pecuniária) na produção de petróleo, primeiramente nos seus territórios (1953) e posteriormente na plataforma continental adjacente (1985), depois de um período durante o qual tal participação beneficiava apenas a União Federal (1969-1985) (LOUREIRO, 2012).

A definição do direito de participação dos entes subnacionais (Estados e Municípios) nos resultados econômicos decorrentes da exploração do petróleo deixa de ser, em 1988, uma simples previsão de direito *ex lege*, tanto no que diz respeito às ocorrências no território continental, como na plataforma continental e zona economicamente exclusiva, para ser um direito *ex constitutione* (LOUREIRO, 2012).

A principal questão que se apresenta, neste ponto, reside em saber como equacionar a dúvida, algo complicada, acerca da possibilidade da atribuição de direito à percepção dos resultados econômicos decorrentes da produção de petróleo *offshore* para aqueles entes subnacionais que não são proprietários do referido bem, como destaca Loureiro (2012).

Sem aprofundar, nesse momento, mas já antecipando a discussão sobre a titularidade da produção de óleo no ambiente *offshore*, convém notar que a partilha dos resultados econômicos da produção, para além dos questionamentos sobre o domínio da União sobre os bens produzidos no ambiente da plataforma poderia ser justificada tão somente com base na ideia do **Federalismo Participativo** que impera como desiderato constitucional no Brasil.

Em que pese a previsão inserida na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), em seu Artigo 20, § 1º, destinando os resultados econômicos da produção do petróleo *offshore* a Estados e Municípios, ideia posteriormente regulamentada a partir das noções de “Estados produtores” e Municípios afetados inseridos na “área de abrangência da atividade exploratória”, definição essa que é dada por critérios geográficos e geodésicos pouco claros, relacionados com a projeção ortogonal dos limites de seus territórios, não são poucas as divergências interpretativas acerca do significado real dessa norma constitucional, mormente quando a questão envolve a produção offshore (COELHO, 2013), a despeito daqueles que advogam a ideia de que Estados e Municípios assumem parcelas territoriais no mar territorial, plataforma continental e até mesmo na zona econômica exclusiva, atendido o critério de projeção de seus limites territoriais por mecanismos de natureza geodésica.

Do lado dos denominados “entes produtores”, a parcela dos *royalties* do petróleo destinada a tais entes federativos seria de natureza compensatória e defendida não com base em critérios de propriedade, questão que traz um agravante todo especial quando a exploração se dá no ambiente *offshore*, mas com foco em critérios relativos aos ônus assumidos com a implantação de políticas de infraestrutura, bem como em face da repercussão de impactos ambientais e socioeconômicos supostamente suportados por esses entes, decorrentes desse tipo de atividade de exploração de óleo e gás, sem descurar, ainda, do fato de que o texto constitucional do Artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em vigor, acima referido, é, para os que advogam o direito à compensação dos Estados e Municípios, bastante claro nesse mister, constituindo qualquer esforço de interpretação, uma tarefa desnecessária, segundo alguns (BICHARA; MONTENEGRO, 2015).

Já com relação aos demais entes federativos “não produtores” é advogada a tese de que o critério de definição da “participação” e “compensação” em face dos resultados econômicos decorrentes da produção de petróleo *offshore* deveria passar, obrigatoriamente, pelo critério da propriedade, da titularidade dominial, e segundo os que adotam esse viés não haveria espaço para a reivindicação dos entes federativos ditos não produtores ou que não se situem na esfera de abrangência das atividades de exploração, tratando-se, aqui, de simples aplicação da Convenção de Montego Bay, de 1982, sobre os direitos do mar (COELHO, 2015).

Ora, tanto no caso dos ditos produtores, como no âmbito dos não-produtores, tais contextualizações carecem, a princípio, de uma melhor definição.

É certo que o Brasil não tem território, nem soberania sobre a zona offshore, exceto a área do mar territorial.

Assim sendo, onde não há território e sobremaneira não há falar em Estados produtores e não-produtores, sendo esta uma questão para ser resolvida pela simples aplicação do direito internacional, nos moldes da previsão de convenção internacional dos direitos do mar – Convenção de Montego Bay de 1982 (COELHO, 2015).

Demonstrado, pois, o modelo constitucional de atribuição dos resultados econômicos da exploração do petróleo *offshore* no Brasil, bem como a previsão da destinação de uma parcela desses resultados econômicos para os entes subnacionais do Estado Federal brasileiro, resta tentar costurar, toda essa observação, com uma análise que leve em conta a existência de possíveis elementos tributários e que será feito no momento próprio no decorrer das considerações desse trabalho, que possam respaldar o posicionamento do legislador constituinte de 1988 na montagem do sistema de inserção dos entes federativos subnacionais (Estados e Municípios) no processo de “compensação” e “participação” previsto no Artigo 20, § 1º, da Carta da República e, até mesmo, servir de justificativa para o entendimento da(s) razão(ões) que teria(m) contribuído na definição desse sistema intrincado de divisão dessas receitas provenientes da atividade da exploração do petróleo.

A discussão acerca da inserção constitucional dos resultados econômicos advindos da produção do petróleo *offshore* é algo que deve ser analisado, tendo como baliza, a evolução histórica da natureza jurídica da propriedade mineral.

Por outro lado, no tocante ao modelo de distribuição dos resultados econômicos da produção de petróleo, mormente aquele derivado da exploração *offshore*, tema que nos interessa mais de perto, há que se levar em conta **o regime de rendas e os elementos de natureza tributária** que em certa medida podem apontar para as razões adotadas, em vários momentos, pelo legislador constitucional, na definição do modelo apropriado ao tratamento jurídico da questão.

Convém, ainda, destacar que em relação ao petróleo, muito embora o tratamento da matéria tenha sido, e continue a ser, objeto, no campo constitucional, de uma abordagem conjunta com os recursos minerais em geral, na esfera infraconstitucional, a temática do petróleo adquiriu, a partir de 1938, um tratamento especializado e diferenciado, no qual se sobressai a figura da concessão petrolífera e

a vedação de jazidas privadas de petróleo (LOUREIRO, 2012), mantendo até então um tratamento geral coincidente com aquele dos demais recursos minerais.

Em primeiro lugar, passemos, pois, a analisar a questão, em face da evolução da natureza jurídica da propriedade das minas e jazidas no Brasil e o seu reflexo no regime de rendas.

Nem sempre a apropriação dos resultados econômicos da exploração mineral, incluindo o petróleo, em particular, hoje atribuída à União, favoreceu o Estado nessa perspectiva.

E isso se deve ao fato de que a natureza jurídica da propriedade das minas e jazidas sofreu, ao longo do tempo, alteração em seu significado, assumindo, por vezes, uma natureza pública e, por vezes, uma natureza privada (LOUREIRO, 2012).

A questão da normatização jurídica das minas e jazidas, no Brasil, incluindo o petróleo, passa, primeiramente, pelos períodos da história colonial e imperial, em nosso país, com repercussão nos seus respectivos regimes de rendas.

Fato é que, em momentos distantes da história, a propriedade mineral no Brasil, teve a sua exploração desenvolvida, primeiramente, na condição de bens da Coroa, sob a tutela do “regime jurídico regaliano”, durante todo o período colonial, ou foi explorada, ainda, mais adiante, como bem público, não mais da Coroa, mas da nação, no período imperial, submetendo-se, naquela oportunidade ao “regime jurídico dominial”, ocasiões essas nas quais as rendas da produção mineral eram definidas segundo o critério da titularidade dominial das minas ou jazidas, fossem elas da Coroa ou da Nação, como dispõe Lauro Lacerda Rocha, em seu preciso magistério (ROCHA, 1983).

Nos vários períodos republicanos, subsequentes, a análise da questão deve ser realizada a partir dos textos normativos das Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e, mais recentemente, pela Constituição de 1988, bem como pelos respectivos Códigos de Mineração vigentes em cada um desses períodos de balizamento constitucional, nos quais se observa um claro movimento de publicização da propriedade mineral ao longo do tempo.

Prova dessa evolução do regime jurídico da exploração mineral, incluindo aqui o petróleo, pode ser notada a partir da primeira Carta Republicana, quando as jazidas e minas em território nacional passaram a ser reguladas pelas normas do “regime jurídico da acessão”, apregoado pela Constituição de 1891 e explicitado, de forma expressa, em seu Artigo 72, onde se destacava a prevalência do proprietário do solo,

como elemento de definição da titularidade dominial das riquezas minerais (VIVACQUA, 1942), a saber:

Art. 72

(.....)

§ 17.

(.....)

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

(VIVACQUA, 1942)

Com a atribuição da propriedade das minas e jazidas aos proprietários do solo, segundo previsão da Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), acima referida, passou-se a admitir a possibilidade da existência de minas públicas ou privadas, dependendo, é claro, da natureza jurídica do proprietário do solo.

Na esfera das minas privadas, o proprietário do solo era livre para explorar jazidas minerais, sem ter que assumir o ônus de pagar qualquer quantia ao Estado pela exploração do bem mineral, situação que restou assim regulamentada a partir do Código de Mineração de 1921, concebido à luz dos ditames da Constituição de 1891 (BRASIL, 1891).

Após ter sido assegurada a propriedade mineral ao governo da Coroa (período colonial) e o governo do Império (período imperial), a exploração das minas e jazidas passou a se submeter, desde a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), à tutela do “regime jurídico civil da acessão”, com destaque para a “prioridade do proprietário do solo” e, posteriormente, mantido o caráter privado da propriedade mineral, à tutela do “regime jurídico da concessão e autorização”, na forma da lei, trazido à baila pela Constituição de 1934 (Artigo 119) e reafirmado pelos textos constitucionais de 1937 (Artigo 143, caput) e 1946 (Artigos 152 e 153), tendo o Poder Público deixado, então, de receber qualquer retribuição a título de compensação financeira pela exploração das minas e jazidas minerais privadas (LOUREIRO, 2012).

A renda auferida pelo Estado à título de compensação financeira pela exploração das minas e jazidas minerais só passa a ser considerada a partir do momento em que a propriedade mineral passa a ser tida como de natureza pública e os recursos minerais são incluídos no rol de bens do Estado, como é o caso ora vigente, conferido à pessoa da União.

É o que passou a ocorrer com o previsto na atual Constituição Federal de 1988, quando os recursos minerais, em geral, e o petróleo, em particular, passaram a ser

considerados como bens da União, surgindo daí a geração dos *royalties* sobre minério e petróleo.

No caso específico do petróleo, sua definição como propriedade de natureza pública e bem da União, surge a partir das modificações que datam de 1938, trazidas no bojo dos Decretos-Leis nº 366, nº 395 e nº 538, que submetia a exploração de óleo e gás ao regime de “concessão petrolífera”, de competência federal, e retirava do campo privado tais jazidas.

Tal fato, qual seja, a divisão das jazidas em públicas e privadas, com a prevalência desse último tipo, acrescido à ideia do estabelecimento da Federação e a ausência do Poder Público no resultado da exploração dos bens minerais, abriu, por outro lado, espaço para o exercício do poder de tributar dos entes federados, segundo entendimento de Gustavo Kaercher Loureiro (2012).

Com a previsão da primeira Carta Republicana, que passou a considerar a possibilidade da caracterização da propriedade estadual das minas e jazidas situadas em seu território, vários Estados passaram a tributar a produção mineral, valendo-se do conhecido imposto de importação, de vez que não existia, na ocasião, a definição de uma competência tributária específica incidente sobre a propriedade mineral (BALEIRO, 1974).

Observe-se que durante todo o período anterior ao da publicização da propriedade mineral nas mãos da União, regime ora vigente, nos termos da previsão do legislador constituinte de 1988, contida no bojo do Artigo 20, da Carta da República, que surge de forma tímida, no que tange tão somente à definição da competência da União para legislar sobre a exploração dos recursos minerais, a partir da Constituição de 1934, a questão das rendas sobre a produção mineral foi sempre objeto de um tratamento não homogêneo, tendo em vista que os Estados ainda não estavam destituídos da propriedade mineral, nem, tampouco, desprovidos da competência para legislar supletivamente sobre as minas e jazidas, passando cada um a legislar em causa própria.

Não obstante a constituição da Petrobrás (1953) marque um momento importante na questão do petróleo no Brasil, a discussão de toda essa temática surge de modo mais específico no campo infraconstitucional, nos idos de 1938, quando a atividade de petróleo assume, por decisão do governo de Getúlio Vargas, uma especialidade regulatória e institucional toda própria (Decretos-Leis nº 366, nº 395 e nº 538 de 1938), desligando-se do campo geral da mineração, como vinha até então

sendo tratada e já centralizando nas mãos da União (Departamento Nacional da Produção Mineral) o instrumento básico da “concessão de lavra”, bem como outras tantas competências de naturezas regulatória e fiscalizatória.

O tema particular dos resultados econômicos advindos da produção do petróleo, por outro lado, como já referimos anteriormente, remonta ao tempo de criação da empresa estatal de petróleo brasileira, Petrobrás (Lei nº 2004 de 1953), ocasião em que restou determinada a participação dos Estados e Municípios produtores, entes de direito público, na composição societária da novel empresa estatal criada para levar a cabo os esforços da exploração de petróleo no território nacional.

Convém destacar, nesse sentido, que o Artigo 10, da Lei nº 2004 de 1953, deixava expressa essa possibilidade, a saber:

Artigo 10

§ 3º A União transferirá, sem ônus, aos Estados e Municípios em cujos territórios existem ou venham a ser descobertas jazidas e minas de petróleo de rochas betuminosas e piro-betuminosas e de gases naturais, respectivamente 8% (oito por cento) e 2% (dois por cento) das ações relativas ao valor atribuído a essas jazidas e pelo qual **sejam incorporadas ao capital da Petrobras** no ato de sua constituição ou posteriormente (negrito nosso). (BRASIL, 1953)

A referida participação societária assegurada em lei aos Estados e Municípios produtores foi defendida à época como o resultado da perda de arrecadação tributária (LOUREIRO, 2012).

Em que pese a natureza não tributária dos resultados econômicos da produção do petróleo, entende-se (BICHARA; MONTENEGRO, 2015)⁴⁰, todavia, que o modelo constitucional de distribuição dos resultados econômicos dessa atividade, previsto pela Carta da República de 1988, em seu Artigo 20, § 1º, com foco na exploração marinha de óleo e gás, com prioridade para os entes federativos subnacionais ou locais, produtores ou afetados, mantém uma relação de natureza tributária afeta ao regime de cobrança do ICMS e, em particular, a alteração específica nessa área trazida pela norma imunizante do Artigo 155, § 2º, X, a, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ Entendimento perfilhado pelos autores Luiz Gustavo A. S. Bichara e Matheus Reis e Montenegro na artigo Royalties do Petróleo: Uma análise jurídica e econômica, publicada na obra coletiva organizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior e André Mendes Moreira, Editora Arraes, 2015.

Como anteriormente restou demonstrado, os resultados econômicos da produção de petróleo *offshore*, mormente aqueles sob a forma de *royalties*, representam, atualmente, receitas originárias (originárias conforme a classificação das receitas públicas adotada pelo direito financeiro) da União, tendo em vista o caráter de titularidade dominial desse bem e sua utilização por entes de diversos matizes, públicos ou privados, conforme resta definido, no bojo da Carta da República de 1988, em seu Artigo 20, *caput* e seu inciso V⁴¹, envolvendo os recursos naturais da plataforma continental e da zona economicamente exclusiva, e seu inciso IX⁴², relativamente aos recursos minerais, inclusive os do subsolo, petróleo em especial.

Em segundo lugar, convém destacar a questão dos resultados econômicos da produção *offshore* de petróleo e seu modelo de distribuição entre os entes federativos, levando em conta a questão dos componentes tributários e sua repercussão na linha do tempo.

Três questões, pois, merecem destaque, a saber: (a) a federalização das jazidas de petróleo e a conseqüente perda de receitas tributárias pelos Estados; (b) a definição do monopólio do petróleo constitucional da União e a definição dos resultados econômicos dos Estados e Municípios e (c) a definição do regime especial de tributação do ICMS sobre petróleo e energia elétrica no destino em face de operações com derivados de petróleo (LOUREIRO, 2012).

A federalização das jazidas de petróleo, iniciada em 1938, quando a matéria de petróleo passou a ter um tratamento especial, desligado, então, do regime jurídico minerário, que abrangia os demais recursos minerais, trouxe como consequência a perda da propriedade estadual e conseqüente evasão de receitas para os entes federativos subnacionais (LOUREIRO, 2012).

A perda da propriedade mineral de petróleo pelos Estados e Municípios, tendo em vista a federalização das jazidas de petróleo e a determinação da vedação de jazidas privadas de petróleo, conforme definição do regime especializado de exploração de petróleo criado em 1938, levou à necessidade da criação de uma nova fonte de receita para os entes federativos subnacionais (LOUREIRO, 2012), suprida, no caso, pelo Imposto Único sobre Combustíveis.

⁴¹ CF/88, artigo 20, V, “São bens da União:

V- os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

⁴² CF/88, artigo 20, IX, “São bens da União:

IX- os recursos minerais, inclusive os do sub-solo.

É o caso de se destacar o extinto Imposto Único sobre Combustíveis, tributo de competência da União, instituído em 1940, e que deveria, após a devida cobrança, ser devolvido para os Estados e Municípios, compensando, assim, a perda resultante da federalização das jazidas petrolíferas nas mãos da União.

Cria-se um imposto de competência federal, mas na medida em que é devolvido para os Estados e Municípios, figura como um tributo de índole nacional (LOUREIRO, 2012).

Configura-se, assim, que a federalização das jazidas de petróleo, teve como contrapartida um elemento de natureza tributária, qual seja, a criação do Imposto Único sobre Combustíveis, cujo objetivo foi o de atender a questão do desequilíbrio provocado nas receitas derivadas da produção de petróleo em território de Estados produtores.

Destaque-se, ainda, que a definição do monopólio do petróleo teria se dado após extinção do Imposto Único sobre Combustíveis, provocando, mais uma vez, a necessidade do estabelecimento de medidas compensatórias e que no caso foi a atribuição, aos Estados e Municípios, de *royalties* sobre a produção.

Finalmente, no caso específico das reservas de petróleo da área do pré-sal, a definição do modelo de distribuição dos resultados econômicos da exploração *offshore*, previsto no Artigo 20, § 1º, traz à baila um quadro que em tese se sustenta no regime especial da tributação do ICMS com cobrança no destino, ponto que iremos abordar na continuidade deste trabalho, em capítulo próprio.

Diferentemente do que muitos procuram estabelecer, qual seja, a definição de resultados econômicos em face de compensação ambiental, ou a definição de resultados econômicos em face de compensação socioambiental, prefere-se por vezes vincular a definição dos resultados econômicos decorrentes da produção de petróleo *offshore* como resultado de uma compensação política (SCAFF, 2014), pela não cobrança de ICMS na origem sobre petróleo e energia elétrica.

Não obstante, tal reconhecimento pode não ser um elemento tão influenciador assim na definição do modelo de partilha dos resultados econômicos da produção.

1.3. A NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES

É possível afirmar que a figura jurídica do *royalty* do petróleo, foi objeto de apreciação, para não ir muito longe no tempo, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, na Lei Federal nº 2.004/53, em seu art. 27, a qual aduzia que a Petrobras, titular da execução do monopólio da União, da exploração e produção de petróleo, era obrigada a pagar aos Estados e Territórios uma “indenização de 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás” (MARQUES JÚNIOR; GUEDES, 2014).⁴³

Portanto, a discussão sobre os *royalties* do petróleo não é algo recente, mas vem de longe na linha do tempo.

Tal artigo 27 da Lei nº 2.004/53 indicava, ainda, que os Estados e Territórios deveriam distribuir “20% (vinte por cento) do que recebessem, proporcionalmente, aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles” (MARQUES JÚNIOR; GUEDES, 2014),⁴⁴ ou seja, estávamos falando de exploração de óleo na área continental do território brasileiro, foco das atenções e dos esforços da estatal brasileira de Petróleo à época.

Com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), os *royalties* do petróleo foram guindados a estatura constitucional, passando a figurar no texto da Carta da República como uma previsão concentrada nas expressões “participação econômica nos resultados” e “compensação financeira”, sobretudo do que se deduz da dicção do §1º, do Art. 20, do texto constitucional em vigor e que perdura até hoje sem qualquer modificação.

Com as mudanças na legislação pátria, referida lei (Lei nº 2.004/53) foi revogada pela Lei Federal nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), que passou a regular o setor

⁴³ Comentários de acordo com o texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-nergia**, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

⁴⁴ Observação retirada do texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-nergia**, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

de óleo e gás, após a Emenda Constitucional nº 09/95,⁴⁵ a qual, por sua vez, flexibilizou o monopólio da União, exercido pela Petrobras nas atividades de exploração e produção de petróleo, gás natural e outras atividades desse setor da economia, conforme disposto no Artigo 177, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1953; BRASIL, 1997; BRASIL, 1988).⁴⁶

A partir de então, o Estado poderia, sem renunciar ao monopólio da União sobre petróleo e gás, após processo de licitação, **e nos termos da lei** (no caso, a Lei nº 9.478/97), firmar contratos de concessão com a empresa vencedora, para que esta participasse das atividades destacadas de exploração de óleo e gás, respondendo por todo o custo das operações, e no caso de êxito, passar a ser o titular do óleo e gás produzidos, sem afastar a sua obrigação, na condição de concessionária, de pagar os tributos previstos nas legislações de regência e as participações governamentais previstas na lei acima referida, além das compensações financeiras ao Estado pela exploração e produção do óleo, dentre elas os *royalties* (hipótese resultante do contrato de concessão) (BRASIL, 1997).

De acordo com essa nova lei, os *royalties* foram enquadrados como “participações governamentais” pelo seu art. 45, II, e poderiam variar entre os percentuais de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento), sobre o valor da produção (BRASIL, 1997).

Após, todavia, a descoberta do Pré-sal e já adiantados os esforços de produção de óleo e gás no ambiente da plataforma continental e na zona econômica exclusiva, a distribuição dos *royalties* sofreu novas alterações, e bem assim, o próprio regime jurídico contratual da exploração (partilha de produção), tanto nos percentuais, como na sua destinação, como será melhor explicado posteriormente neste trabalho, tudo de acordo com a Lei nº 12.351/2010 (Lei do Pré-sal) (BRASIL, 2010).

Portanto, a exploração *offshore* de petróleo passou a conviver com dois regimes contratuais, o contrato de concessão, já conhecido e, agora, o contrato de

⁴⁵ A partir dessa emenda, as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, a refinação, a importação e exportação dos derivados e o transporte marítimo desses produtos passaram a ser atividades que poderiam ser contratadas pela União junto a empresas estatais ou privadas (art. 177, § 1º).

⁴⁶ BRASIL, Art. 177 da Constituição Federal de 1988, com a redação da EC 06/95, a saber:

Constituem monopólio da União:

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos I a IV deste artigo, **observadas as condições estabelecidas em lei.** (negrito nosso)

partilha de produção especificamente aplicado às situações envolvendo a exploração e produção na camada do pré-sal.

E, finalmente, vieram à tona novas alterações nos padrões de definição dos *royalties* trazidos, desta feita, pela Lei nº 12.734/2012, que estabelece um formato diverso de sua distribuição, enquanto receitas originárias da União, para os entes federativos nacionais e subnacionais (Estados e Municípios), com destaque para a exploração e produção *offshore* (BRASIL, 2012).

Como nota própria ao tema da natureza jurídica dos *royalties*, convém destacar, nos campos das Ciência das Finanças e de Direito Financeiro, as preciosas lições de Aliomar Baleeiro, acerca da Teoria dos Ingressos (BALEEIRO, 1984), as quais nortearão aspectos importantes da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo, na sequência desses nossos comentários.

De acordo com a Teoria Geral dos Ingressos, Aliomar Baleeiro (1984), em sua obra denominada “Uma introdução à ciência das finanças”, perfilha a ideia de que os ingressos públicos, que correspondem a toda entrada de dinheiro aos cofres públicos, dividem-se em (1) movimentos de fundos e (2) receitas públicas.

Os movimentos de fundos caracterizam-se como ingressos restituíveis, ou seja, que não geram um efetivo aumento de valor ao patrimônio governamental (BALEEIRO, 1984), impactando, assim, as contas do passivo.

A receita pública, por outro lado, corresponde à entrada que, integrando-se no patrimônio público, acresce o seu montante, como elemento novo e positivo (BALEEIRO, 1984), sem afetar as contas do passivo.

Discutir a natureza jurídica de determinado instituto consiste, sobretudo, em indagar a respeito de sua classificação no âmbito das figuras existentes no Direito, definindo-o como a espécie de um gênero ou o próprio gênero de uma categoria.

Busca-se, precisamente, identificar a essência de um ser jurídico, com o propósito de delimitar o seu campo de incidência e o regime legal em que ele se insere, sendo tal abordagem fundamental ao desenvolvimento do presente trabalho.⁴⁷

⁴⁷ Observação retirada do texto de CAVALCANTI, CAIO CÉSAR TORRES. A natureza jurídica dos royalties do petróleo, trabalho apresentado no curso de especialização em direito da Universidade de Coimbra, em 2013, disponível no site <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35135/1/A%20natureza%20juridica%20dos%20Royalties%20do%20pretroleo.pdf>, acessado em 21.12.2020.

Quatro destaques acerca da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo podem ser apontados, a saber: (1) *royalties* como tributo; (2) *royalties* como indenização por perda do domínio do bem ou até mesmo por onerações ambientais, sociais e econômicas; (3) *royalties* como receitas originárias patrimoniais e, finalmente, (4) *royalties* como preço público (CAVALCANTI, 2013).⁴⁸

Na minha visão, eu ainda poderia acrescentar uma quinta possibilidade, um tipo misto, a saber: *royalties* como receitas patrimoniais originárias do Estado (União, no caso) e preço público pago por aquele que detém os direitos de exploração, ou seja, uma consideração que leva em conta, no caso, uma característica dúplice de definição da sua natureza jurídica.

Reconhecida como “participação governamental”, juntamente com os bônus de assinatura, as participações especiais e os pagamentos por ocupação e retenção de áreas, a figura dos *royalties* passou a ser alvo de polêmica doutrinária quanto ao reconhecimento de sua natureza jurídica.

Convém destacar que na exploração *offshore*, objeto da discussão do presente trabalho, os *royalties* da União e bem assim, a sua distribuição com os entes federativos nacionais e subnacionais serão pautados por normativos definidos nos campos do contrato de concessão e do contrato de partilha de produção, esse último específico para a produção na área do Pré-sal, como afirmado antes.

Inicialmente, entendeu-se que as participações governamentais, dentre elas os *royalties*, teriam **natureza jurídica tributária** (XAVIER, 1988), tendo em vista o amplo conceito de tributo disposto no Art. 3º do Código Tributário Nacional, o qual acabaria por abarcar tais participações que correspondem, a partir de uma visão generalizada, uma prestação em pecúnia, compulsória, decorrente de atos lícitos, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa (MARQUES JÚNIOR; GUEDES, 2014).⁴⁹

Por esse viés, a concessão de áreas de exploração de petróleo implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito,

⁴⁸ Observação retirada do texto de CAVALCANTI, CAIO CÉSAR TORRES. A natureza jurídica dos royalties do petróleo, trabalho apresentado no curso de especialização em direito da Universidade de Coimbra, em 2013, disponível no site <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35135/1/A%20natureza%20juridica%20dos%20Royalties%20do%20petroleo.pdf>, acessado em 21.12.2020.

⁴⁹ Observação retirada do texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-energia**, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe, em caso de êxito, a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes sobre os fatos geradores previstos nas distintas operações subsequentes à própria produção e das participações legais ou contratuais correspondentes, ou seja, as participações governamentais, no caso aqui apontado (o da produção offshore), dentre elas, os *royalties*, tendo como base normativa os dispositivos da Lei 9478/97, especificamente em seu artigo 49 (BRASIL, 1997).⁵⁰

O mesmo ocorre no contrato de partilha de produção, pautado pela Lei 12351/2010, onde os *royalties* são devidos, embora sujeito a distintas regras de apuração e distribuição (BRASIL, 2010).

Todavia, é preciso ter em mente que os tributos derivam da exploração do patrimônio particular e são impostos de maneira coercitiva, sendo, portanto, reconhecidos como receita derivada, enquanto as participações governamentais, decorrem da exploração de bens públicos e nesse sentido são receitas originárias, pois aflora em face da fruição do patrimônio público, pautadas pela lei, mas oriundas de uma relação de natureza contratual ente o poder concedente (a União) e o concessionário (empresa estatal ou privada).

Segundo o magistério de Ricardo Lobo Torres (2007) que traz a discussão para a seara do direito financeiro, destacando que os tributos, se configuram como receitas de índole derivada, impostos de modo coercitivo e em face da exploração de patrimônio de particular, as participações governamentais (*royalties*, por exemplo) são receitas originárias fruto da exploração do patrimônio público.

Por um outro olhar os *royalties*, assumindo **natureza jurídica indenizatória** é, por outro lado, possibilidade sustentada por parte da doutrina (FERREIRA FILHO, 1990), não existindo, todavia, fortes razões para admitir a questão por esse viés, mesmo quando a exploração e produção ocorrerem no território de Estados e Municípios (exploração e produção continentais) e ainda que se traga à baila o imperativo da norma constitucional do Art. 20, §1º, da Constituição Federal de 1988, que atribui, **nos termos da lei**, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive órgãos da administração direta da União, o direito a “participação no resultado” ou “compensação financeira”.

⁵⁰ BRASIL, Lei 9478/97, Artigo 49. Acessado no site www.planalto.gov.br, em 30.12.2020

O mesmo pode ser dito quando o caso analisado ocorre na exploração *offshore*, seja na esfera dos contratos de concessão ou quando pautados pelos contratos de partilha de produção.

Não obstante a dificuldade para sustentar a ideia da natureza indenizatória dos *royalties* do petróleo, a própria Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, em sua decisão na medida cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4917 RJ, deixou patente a sua inclinação para o viés indenizatório dessas receitas.

Fato é que a indenização pressupõe um dano, o qual, após apurado, reverterá em multas e sanções próprias, a depender do tipo de dano a ser analisado, o que não é o caso dos *royalties* incidentes sobre a produção.

As dúvidas que surgem, aqui ou ali, não estão relacionadas com os *royalties* em si mesmos, mas com o formato de sua distribuição, o que não é o caso que se discute nesse momento, qual seja, a sua natureza jurídica.

Resta claro, pois, que seja na produção que ocorre na região *offshore*, da plataforma continental e zona econômica exclusiva, ou naquela que ocorre no ambiente continental, tal abordagem indenizatória dos *royalties* não encontra guarida, independente do espaço territorial que estejamos tratando, pois o que prevalece é o aspecto dominial do bem explorado, e que recai, exclusivamente sobre a União, inobstante do viés analisado (FERREIRA FILHO, 1990).⁵¹

No caso em estudo, ou seja, a situação da exploração e produção no ambiente do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, os *royalties* resultantes constituem, claramente, **receita patrimonial originária**, de caráter não indenizatório, tendo em vista que decorrem diretamente da exploração do patrimônio do ente público, no caso, a União.

Isto é, os *royalties* não devem ser vistos como tributos, nem também como indenização, mas sim como **ingressos patrimoniais, receitas públicas originárias**, pois decorrem da exploração do petróleo e gás natural, recursos do subsolo, de titularidade dominial da União, enquanto jazida, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu Artigo 20, de forma expressa (TORRES, 2007; BRASIL, 1988).

⁵¹ Observação retirada do texto de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, a saber: “Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado, ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a uma participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integram o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição do prejuízo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 154

Assim, havendo exploração desse recurso, é garantida ao Estado brasileiro, na pessoa da União, a participação nos lucros dessa atividade (correspondente a uma parcela do valor do montante do petróleo e gás natural produzido), já que, em última análise, tais lucros fazem parte e resultam da exploração de seu patrimônio.

Ou seja, estamos falando de participações econômicas, de titularidade da União, por expresse preceito constitucional,⁵² a saber: Artigo 20, V, IX e § 1º da CF/88.

Assim, restam descartadas as classificações dos *royalties* de petróleo como de naturezas jurídicas tributária ou indenizatória, afunilando-se os conceitos doutrinários em direção ao campo dos ingressos patrimoniais próprio das receitas públicas patrimoniais de natureza originária, conforme o magistério de Heleno Taveira Torres ao defender a posição de que as participações governamentais no campo do óleo e gás, não se enquadram no modelo tributário, mas sim no campo das receitas patrimoniais (TORRES, 2005).

Ainda, tentou-se enquadrar os *royalties* como de **natureza meramente contratual civil**, já que advêm de obrigação contratual (contratos de concessão ou partilha de produção).

No entanto, a relação jurídica da qual decorre a obrigação de pagamento de *royalties* é permeada por interesse público, reclamando, “a incidência de um regime jurídico próprio, ao menos de natureza mista, com um direcionamento balizado em normas de Direito Público” e eu acrescentaria, submetido e fundado na lei, é claro (RIBEIRO, 2003).⁵³

Finalmente, sob o ponto de vista daquele que resolve a sua obrigação concernente à exploração de petróleo, seja no âmbito do contrato de concessão ou na esfera do contrato de partilha de produção, qual seja, a de adimplir os pagamentos relativos às participações governamentais, incluídos os *royalties*, há de se recepcioná-los como **preço público** à cargo daquele que assume a produção de óleo e gás natural.

Daí, a possibilidade de enfrentar a questão da natureza jurídica dos *royalties*, valendo-se da figura mista de **receitas públicas originárias** (por parte do credor) e **preço público** (por parte do devedor).

⁵² Vide o Artigo 20, V, IX e §1º da Constituição Federal de 1988.

⁵³ Observação retirada do texto de RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo, cit., p. 380. “Como as jazidas de petróleo são bens públicos da União e as participações governamentais decorrem de sua exploração, é entendimento corrente de que representam forma originária de receita pública, o que afasta sua classificação como tributos”.

Com base em outra perspectiva, mas dentro do conceito de ingressos, consubstanciados em receitas públicas do tipo originária, os *royalties* do petróleo podem ser entendidos como Receita Corrente Patrimonial, do modo como referida pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, como “receitas provenientes da fruição do patrimônio de ente público”, sendo essas receitas tidas pela doutrina como originárias (MARQUES JÚNIOR e GUEDES, 2014),⁵⁴ com fundamento legal na Lei nº 4.320/1964 que versa sobre a matéria orçamentária (BRASIL, 1964).

Tratando a questão por um olhar constitucional, muito embora a Constituição Federal de 1988 não faça qualquer citação à palavra “*royalty*” no seu texto (SCAFF, 2014), fato é que resta abordado o problema das participações financeiras do Estado nas atividades de produção de óleo e gás, fazendo-se expressa menção a duas modalidades destacadas, a saber: **compensação financeira**, de um lado, e **participação no resultado**, do outro, e não obstante tais expressões utilizadas pelo legislador constituinte não tragam qualquer conteúdo jurídico expresso, a sua caracterização é trazida à baila por um esforço doutrinário e jurisprudencial, estando ainda longe de estar pacificada.

O *royalty* é considerado como **Compensação Financeira**, tendo em vista que representa uma receita patrimonial originária, decorrente da exploração de petróleo, recurso, como já ressaltado, cuja titularidade é constitucionalmente conferida à União, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, no seu Art. 20, a saber:

são bens da União: [...] IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, surgindo daí que a recompensa à União pela exploração de recursos próprios pode ser definida, inclusive, a partir do critério da **Participação nos Resultados**, ou de **Compensação Financeira**, duas situações a serem consideradas a partir de menção expressa do §1º desse mesmo artigo, muito embora a última hipótese admita alguma crítica na medida que para que ocorra supõe-se que tenha que existir lucro na operação, para que haja sintonia interpretativa com o conceito de participação no resultado (BRASIL, 1988)

Tais compensações são devidas à União, e determinados repasses previstos para os entes federativos nacionais ou subnacionais, seja na forma direta, seja na modalidade indireta por meio de Fundos Especiais, são matérias que se subordinam

⁵⁴ Observação retirada do texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-nergia**, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

aos ônus da legalidade e, dependendo de sua natureza finita, a parâmetros que assegurem, sobretudo, o respeito ao pacto federativo, à sua natureza distributiva e, como será abordado mais adiante, a aspectos de direito intergeracional.

Não se pode deixar de destacar, todavia, que a participação governamental dos *royalties* mantém uma forte identificação, em certas condições, com o próprio conceito de Compensação Financeira, conforme disposto no plano de contabilidade aplicada ao setor público (ALVES, 2011).

Também com base nesse conceito, a Compensação Financeira teria como escopo restaurar financeiramente as perdas geradas pela atividade econômica na exploração e produção desses bens, no caso, do petróleo e gás natural, inclusive, e que em face da sua finitude e o seu valor econômico, torna a necessidade de que a referida compensação pelas perdas desses recursos deva ser tratada de forma ainda mais relevante.

Junte-se a isso, que os *royalties*, na condição de compensação financeira, devem “proporcionar meio de remunerar o Estado pelos ganhos obtidos por terceiros na exploração de um bem que é do próprio Estado (União), aliado ao fato do seu inexorável exaurimento” (ALVES, 2011).

Portanto, em resumo, os *royalties* pagos à União seriam para nós Receitas Correntes Patrimoniais Originárias, da espécie Compensação Financeira, resultado da cessão de bens da titularidade dominial da União para exploração, produção e apropriação por parte de terceiros, sejam eles privados ou estatais.

Como destacado anteriormente, críticas há no que tange à caracterização dos *royalties* enquanto participação nos resultados, pois se considerarmos a figura dos resultados como sinonímia de lucro, poderemos admitir a alternativa do não recolhimento de *royalties* quando a operação for manifestamente deficitária, o que não vem ao caso (MORAES JUNIOR e GUEDES, 2014).

Qualquer que seja a situação do negócio empresarial de exploração e produção de óleo, mesmo considerada a hipótese de déficit operacional, ainda assim os *royalties* seriam devidos.

Esse é o dado e a observação que importa.

Ocorre, por imperativo constitucional, que há de se considerar o repasse de uma parcela dos *royalties* aos Estados e Municípios, sem, no entanto, que estes entes sofram, ou tenham sofrido, obrigatoriamente, qualquer dano ou perda relacionada ao seu patrimônio, posto que, como já explanado, o petróleo, recurso natural do subsolo,

constitui um bem de titularidade exclusiva da União, independentemente do fato da produção ocorrer na área continental ou alhures.

Quanto à natureza desses *royalties* que são repassados há controvérsias, sobretudo no caso da produção *offshore*: parcela da doutrina entende que tenham caráter de compensação, por vislumbrarem danos sofridos em decorrência da exploração de petróleo **em seus territórios** (o destaque em negrito foi aqui realçado pelo fato de que não há falar, quando se trata da exploração offshore, de que tal produção ocorra em território dos entes federativos nacionais ou locais, pois o contrário iria subverter conceitos que são caros ao Direito Internacional⁵⁵ (REZEK, 1995), enquanto outra parcela defende que os *royalties* possuem apenas viés de participação nos resultados, posto não restar configurada a ocorrência de danos aos Estados e Municípios, já que o recurso explorado não se insere no âmbito de suas titularidades dominais e a legislação pátria não explora a faceta compensatória dessa receita (MARQUES JUNIOR e GUEDES).⁵⁶

Apreciando o Mandado de Segurança nº 24.321, o qual questionava a competência para fiscalizar verbas decorrentes de *royalties*, se seria do Tribunal de Contas da União ou do Tribunal de Contas do Estado, a competência para apreciar as contas, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser a supracitada competência do Tribunal de Contas do Estado, tendo pesado substancialmente, no caso, o argumento de *obter dictum* trazido à época pelo Ministro Nelson Jobim de que na discussão da Constituinte de 1988, teria restado acertada uma fórmula de compensação aos Estados produtores pelas perdas do ICMS previsto no atual texto do Artigo 155, X, b, que em suma alterou a regra geral da cobrança do ICMS na origem, em vista do que foi aduzido, a partir de uma perspectiva histórica, atribuindo como uma forma compensatória a participação de Estados e Municípios no resultado dessa exploração (ALVES, 2011)”.

A compreensão dos royalties de petróleo como compensação aos Estados e Municípios, geraria uma consequência lógica de obrigá-los a utilizar tais recursos para efetivamente compensar tais prejuízos, fato que não ocorre na prática atualmente. [...]

⁵⁵ Observação obtida do texto de José Francico Rezek, *Direito Internacional Público – curso elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, pp 305 e segs e do Art 20, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁶ Observação retirada do texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. *Revista Direito E-nergia*, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020

é fato que, do modo como está ordenada a regulação dos *royalties* de petróleo, deve-se inclinar para a tese de que se trata de uma participação nos resultados, pois a legislação explora minimamente sua face compensatória (ALVES, 2011).

Sobre a possibilidade de os *royalties* assumirem a posição de participação nos resultados já nos posicionamos acima, entendendo tratar-se de uma visão no mínimo criticável. Já do lado da compensação financeira a admitimos como aceitável desde que tal conceito não se atrele à figura da reparação de danos eventualmente ou necessariamente ocorridos.

Com a Constituinte de 1988, discutiu-se e buscou-se enquadrar os *royalties* como forma de compensar financeiramente os Estados e Municípios pela perda da arrecadação do ICMS, o qual, na hipótese envolvendo petróleo, é cobrado no destino e não na origem, de modo diverso do usual com outros tipos de circulação de mercadorias.

Entendeu-se, então, que os *royalties* seriam uma espécie de compensação financeira pela perda da receita do ICMS, a qual, como regra geral deve ser paga na origem, mas que no caso especial envolvendo o petróleo e seus derivados deve ser paga somente no Estado de destino da mercadoria.

Defendemos, que tal entendimento pode até vir a prosperar, segundo o desiderato constitucional de “compensação” ou participação”, antes tratadas, sem levar em conta, todavia, a concentração da distribuição dos royalties da União, a partir de uma divisão que contemple tão somente os ditos Estados produtores ou confrontantes e os respectivos Municípios afetados, posto que a ideia de “compensação” a ser paga aos Estados e Municípios pela exploração de petróleo, em seus respectivos territórios, é anterior à Constituinte de 1988, já estando presente na Lei Federal nº 2.004/53, reiterada pela Lei nº 12.734/2012, como já aqui mencionado, mesmo quando a exploração e produção ocorrerem no ambiente *offshore*.

O que não se pode é admitir que a União seja refém de um modelo definido e imutável de compensação por externalidades e participação no resultado como fruto do modelo federativo do Estado brasileiro.

Quanto ao argumento que os *royalties* seriam uma compensação financeira pela alienação de patrimônio público diante dos contratos de concessão (ou partilha, no Pré-sal), deve-se ressaltar, novamente, que apenas a União é detentora do patrimônio cuja exploração pode gerar prejuízo a ser compensado, devendo, portanto, somente a União receber a Compensação Financeira, cabendo a ela, tão somente, a

distribuição desses *royalties* segundo o **desiderato constitucional e os normativos definidos pelo legislador federal**.

Não há, dessa forma, o que ser rigidamente compensado aos Estados e Municípios, mormente no que tange à possível perda de patrimônio em face da exploração de petróleo, tendo em vista que estes entes não sofrem com a produção de óleo e gás, sobretudo no ambiente *offshore*, mas não somente nesse tipo de ambiente, qualquer decréscimo patrimonial.

A própria Constituição Federal, em seu Art. 20, §1º, dá margem à possibilidade desse entendimento ao alegar que “é assegurado, **nos termos da lei**, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação nos resultados da exploração de petróleo ou gás natural” ou “compensação financeira por essa exploração” (BRASIL, 1988).

Como se conclui da leitura de tal dispositivo, o Constituinte Originário ao introduzir a expressão “nos termos da lei”, fez desse regramento, uma norma de eficácia limitada, sendo sua aplicabilidade dependente de Lei e, dessa forma, devendo o legislador infraconstitucional determinar se a receita assegurada constitucionalmente aos Estados e Municípios pela exploração de petróleo ou gás natural teria natureza de participação nos resultados ou de compensação financeira e ademais quais os limites e forma de sua distribuição.

Não havendo pelo que serem compensados, mormente quando o motivo determinante for a perda de bens, posto que somente a União teria sofrido perda patrimonial, os Estados e Municípios, por consequência, devem fazer jus, no mais das vezes, à participação nos resultados da exploração de petróleo da União, na forma e modo como restar definido pelo legislador federal (ALVES, 2011).

Por tais motivos, compreende-se que os *royalties* repassados da União aos Estados e Municípios têm, essencialmente, natureza de participação nos resultados, ainda que a nomenclatura juridicamente adotada pelo texto constitucional faça referência, igualmente, à figura da compensação financeira.

Acentue-se, por oportuno, que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o pedido liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917, demonstra alterações no seu posicionamento sobre a controvérsia ora exposta, pois se inclinou no sentido de classificar os *royalties* como uma participação nos resultados auferidos pela União, ao declarar que “em 1988, ganhou estatura constitucional o direito dos

Estados e Municípios à participação nos resultados da exploração de petróleo ou gás natural”.

No mesmo julgamento, o STF reconheceu a seriedade do tema, mas ainda não julgou o mérito da ação.

O presente debate, quanto à natureza de compensação financeira ou de participação dos resultados dos *royalties* repassados aos Estados e Municípios, tem ganhado destaque com a Lei Federal nº 12.734/2010 e o novo regime de distribuição dessa receita, tendo em vista a possibilidade de Municípios não produtores de petróleo serem, também, beneficiados com os *royalties*, o que aparenta gerar confronto de interesses entre entes federados e questionamentos acerca do federalismo brasileiro.

Pontuadas as ideias sobre a natureza jurídica dos *royalties*, caminhemos, agora, para a análise dos *royalties* do petróleo na exploração *offshore*, sendo esse o corte metodológico escolhido pelo autor no presente trabalho, mostrando minimamente as variações ao longo do tempo na evolução do quadro de distribuição dos *royalties* do petróleo advindos da produção na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

1.4. CONCLUSÕES

- a. A questão dos *royalties* do petróleo configura um tema de mais alta relevância econômica, razão pela qual o assunto passou a ser considerado como foco da atual pesquisa;
- b. Os dados econômicos no campo da receita atestam, por si só, a importância do tema em discussão nessa tese de doutorado, sobretudo numa quadra na qual os limites das receitas tributárias chegam ao ponto de exaustão e inviabilidade de um maior crescimento da carga fiscal, sob pena de um comprometimento e desorganização do espaço econômico e produtivo;
- c. A inserção constitucional dos *royalties* é por si só um elemento importante para definir a relevância da sua discussão, mormente quando se coloca em realce a questão federativa;

- d. A análise da flexibilização do monopólio da União, no campo do petróleo, põe em foco um tema destacado, que por força da atuação do legislador constituinte derivado abriu novas e claras perspectivas no campo da exploração do petróleo, sobretudo na área do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
- e. Resta clara a repercussão da flexibilização do monopólio da União, no campo do petróleo, no processo de incremento das reservas de óleo e gás, sobretudo a partir do enfoque que passou a ser dado com a concentração dos esforços de exploração na área marítima do mar territorial, da plataforma continental e da zona economicamente exclusiva;
- f. Os royalties do petróleo configuram receita originária da União e que, por desiderato do legislador constitucional, devem ser distribuídos, nos termos da lei, para os entes federativos subnacionais e locais, alçados à condição de titulares dos direitos subjetivos a percepção desses valores;
- g. A natureza jurídica dos royalties, tema abordado nesse capítulo, traz à baila pontos importantes, com destaque para várias vertentes de pensamento nesse mister e que colocam os royalties dentro de várias estruturas de natureza jurídica, tais como a tributária, a indenizatória por perda do domínio do bem ou até mesmo em face de reflexos advindos de onerações ambientais, a de preço público e, sobretudo, quando encarada no contexto das alternativas constitucionais da compensação e participação nos resultados destacadas no Artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988.
- h. Dentre as várias possibilidades de determinação da natureza jurídica dos royalties, perfilhadas na doutrina, permanecemos com a vertente adotada pela Constituição Federal de 1988, com foco na hipótese da natureza jurídica compensatória dos royalties em face da perda de um bem público da titularidade da União, resultante da exploração, sendo ao fim e ao cabo, uma receita pública originária patrimonial, sem atribuir à essa noção a ideia de uma repercussão oriunda de indenização de qualquer espécie, deixando de lado, igualmente, o viés da participação do resultado, enquanto natureza jurídica dos royalties do petróleo, pelo fato de não entender que a percepção dos royalties deva estar atrelada aos resultados financeiros da operação de sua exploração.

CAPÍTULO 2. LEGISLAÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

SUMÁRIO: 2.1. Evolução da legislação dos *royalties* do petróleo; 2.2. Distribuição dos *royalties* do petróleo e a Lei 12734/2012 - o problema da projeção geodésica dos limites territoriais dos Estados e Municípios na região da plataforma continental; 2.3. Conclusões

O presente capítulo tem o propósito de projetar o sentido dos comentários que levaram a cabo os destaques produzidos no capítulo anterior, acerca da importância econômica, constitucional e, bem assim, da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo no Brasil, com foco na atividade de exploração marítima de óleo e gás, ampliando os horizontes da discussão na trilha da análise da distribuição dos resultados econômicos da exploração e a evolução da legislação de vigência.

Discute-se, portanto, a evolução histórica da legislação, desde a Lei 2.004/1953, que estabeleceu as bases primeiras da exploração de petróleo no Brasil e a própria constituição da estatal de petróleo brasileira, a Petrobrás, até à situação atual acerca dos parâmetros da divisão dos *royalties* do petróleo advindos momentaneamente da exploração em ambiente marinho, englobando, no caso, as leis nº 7.990/1989, nº 9.478/1997, nº 12.351/2010 e nº 12.734/2012.

Destaque é dado ao tema da discussão acerca dos mecanismos de definição das projeções dos limites territoriais dos entes federativos subnacionais e locais sobre a área marítima de exploração de petróleo no Brasil, elemento dos mais relevantes para assegurar o direito desses entes na distribuição dos *royalties* advindos da exploração *offshore* de óleo e gás.

Nesse sentido, é trazido à baila posicionamentos hauridos da análise de julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, da lavra do Ministro Roberto Barroso.

2.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

Não poderíamos tratar do assunto da presente tese sem dar especial atenção às fontes primárias que regulam o tema, a vontade do legislador, pois a partir delas pode-se aferir, quando necessário, possíveis lacunas ou até mesmo o silêncio eloquente que em muito pode contribuir para o esclarecimento da questão da distribuição federativa dos *royalties* marítimos do petróleo no Brasil.

Desde o advento da Lei do Petróleo e a criação da Petrobrás, a legislação do petróleo no Brasil tem sofrido inúmeras alterações, inclusive de ordem constitucional, como aconteceu com a introdução da flexibilização do regime do monopólio, a partir da E.C. n. 09/95.

Em breve síntese, as recentes alterações legislativas produzidas no marco regulatório do petróleo no Brasil, surgidas a partir das discussões em torno das reservas do pré-sal, partiram de quatro projetos de lei relacionados, sobretudo, à exploração das áreas do pré-sal,⁵⁷ submetidos ao Congresso Nacional pelo Executivo Federal, para tratar: (1) da introdução do regime de partilha de produção (PL nº 5.938/09); (2) da criação de uma nova empresa pública (PL nº 5.939/09); (3) da criação de um fundo social (PL nº 5.940/09); e (4) da cessão de direitos de pesquisa e lavra da União e capitalização da Petrobras (PL nº 5.941/09).

A partir da análise do Congresso Nacional restou aprovada a Lei nº 12.351/10, com destaque para o veto do Art. 64,⁵⁸ afastando, na íntegra, a ideia de distribuição equânime dos *royalties* para todos os Estados e Municípios da Federação.

Posteriormente, novo projeto de lei foi apresentado pelo Senado (PLS nº 448/11), para modificar a Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) e a Lei nº 12.351/10 (Lei do Regime de Partilha de Produção), determinando novas regras de distribuição, entre os entes da Federação, dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração

⁵⁷ Uma estrutura geológica que reúne um conjunto de grandes depósitos de petróleo, de enorme grau de qualidade (óleo leve), situados abaixo de uma camada de sal, em águas profundas (profundidade média de 7000 metros), situadas na área da plataforma continental e que se estende desde a altura do Estado do Espírito Santo até a altura do Estado de Santa Catarina.

⁵⁸ Razões do veto: Da forma como redigido, o *artigo* não estabelece a fórmula ou a alíquota para obtenção do montante total dos recursos provenientes dos *royalties*. Igualmente, não é fixado o percentual desses valores que corresponderá à participação da União nem, conseqüentemente, o percentual que será destinado aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A proposta também não deixa claro se as regras para divisão dos recursos se restringem aos contratos futuros ou se são aplicáveis aos já em vigor. Também se observa que não foi adotado critério para a compensação de receitas aos Estados e Municípios pela União.

de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, em especial na área da plataforma continental, pautado agora pela Lei nº 12.734/12, cuja questão central, qual seja, a distribuição equânime dos resultados econômicos dos *royalties* do petróleo da produção *offshore* está agora em discussão em sede da ação de inconstitucionalidade (STF, ADI 4.917 e ações correlatas) e com seus efeitos legais suspensos, numa situação que perdura indefinida desde o ano de 2012.

Em resumo, cabe destacar, ao fim e ao cabo, dentro dessa contextualização teórica, a relevância de se testar a hipótese de trabalho anteriormente levantada, qual seja, a de que a forma de encontrar um parâmetro de justificação do regime de distribuição dos *royalties* derivados da produção *offshore* de petróleo no Brasil, de caráter compensatório, como previsto no Artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o aspecto finito das reservas e de sua rigidez locacional, **passa pelas análises acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal** acerca do tema e pela adoção de uma teoria de justiça distributiva intergeracional.

Por outro lado, no que tange às **justificativas básicas do trabalho** destaca-se a relevância das transformações legislativas trazidas ao cenário jurídico brasileiro, no campo da exploração do petróleo, sobretudo aquelas que decorreram, mais recentemente, das manifestações produzidas pelo Congresso Nacional, após o advento da descoberta das reservas do pré-sal, na plataforma continental brasileira, materializadas na Lei nº 12.734/2012.

Trata-se, sem dúvida, de um dos temas da mais alta indagação e que leva, ao fim e ao cabo, à seguinte questão: **o que fica para a sociedade após a exploração de seus recursos não-renováveis?**

Não apenas pela importância econômica, para o momento atual da sociedade brasileira (SCAFF, 2014), em uma nação de perfil federativo, mas também por tudo o que pode ser gerado em prol das gerações futuras, constituindo, pois, uma questão de natureza intra e intergeracional, o tema da distribuição dos *royalties* apresenta-se de forma destacadamente relevante.

Do ponto de vista do marco constitucional brasileiro de 1988, os minerais, inclusive o petróleo, são bens da União (Art. 20, VII e IX, CF/88), dispendo, ainda, a Constituição, acerca do caráter de monopólio da União na exploração da atividade petrolífera (Art. 177, CF/88) e, bem assim, que em face da exploração desse tipo de recurso (petróleo) por pessoa física ou jurídica, de capital público ou privado, caberá à União uma 'compensação financeira' ou 'participação nos resultados', surgindo daí

a questão dos *royalties* (Art. 20, § 1º, CF/88), cuja discussão no que tange à sua distribuição é tema central do presente trabalho de pesquisa.

Em breve síntese, a atual legislação (Lei nº 12.734/2012) estabelece um novo formato de cálculo do rateio das receitas decorrentes dos *royalties* do petróleo definida com base na instituição de fundos especiais, sobretudo no âmbito da produção *offshore*, abrangendo todos os Estados e Municípios, independentemente do fato de serem eles produtores ou não.

A sistemática legal vigente sofreu ao longo do tempo uma evolução no plano legislativo que merece ser considerada para que reste definido o atual estado da arte nesse tema dos *royalties* do petróleo em particular.

Para a extração de petróleo terrestre, a Lei nº 2.004/1953 (que criou a Petrobras) previu, na redação original de seu Art. 27, o pagamento de 5% (cinco por cento) do valor do óleo, xisto ou gás aos Estados e Territórios onde se fizesse a lavra ou extração, a título de *royalties*.

Já o mar territorial e a plataforma continental, como se sabe, pertencem à União, e não aos Estados. É assim desde, pelo menos, a EC nº 1/1969 (Art. 4º, III e VI), reproduzido que foi pela Constituição de 1988 (Arts. 20, V e VI).

A evolução da legislação dos *royalties* do petróleo, mormente no campo da exploração marítima, posição que nos interessa de perto nessa tese de doutorado, tem como substrato primeiro a Lei nº 2.004 de 1953, a Lei nº 3.257/1957, a Lei nº 7.453/1985, a Lei nº 7.525/1986, a Lei nº 7.990/1989 (Artigo 7) e, sobretudo, a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), nos seus Arts. 47, 48 e 49 que definem um sistema dúplice de distribuição dos *royalties*, como restará demonstrado na continuidade dos nossos comentários, sem deixar de mencionar, ainda, a Lei nº 12.351/2010 que passou a regular a exploração no âmbito do pré-sal e, por último, os normativos do recente diploma legal de distribuição de *royalties* definidos pela Lei nº 12.734/2012, que se encontra, atualmente, sob o crivo da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.917 RJ), em curso no Supremo Tribunal Federal.

A exploração de petróleo no Brasil teve, do ponto de vista legislativo, o seu marco fundamental definido no âmbito da Lei nº 2.004/1953, que regulou inicialmente a política de petróleo no país, definiu os termos da criação da Petrobras e deu a sustentação legal necessária para o desenvolvimento da indústria nacional de petróleo.

O Art. 27 e seus §§ 4º e 6º desta Lei, alterada pelas Leis nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, previa como compensação à exploração de petróleo, bem de propriedade da União, que a Petrobras ficasse obrigada a pagar aos Estados e Territórios onde se desenvolviam as atividades de exploração de óleo e gás, o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo e gás extraídos de seu respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, devendo tais entes repassar proporcionalmente 70% (setenta por cento) aos Estados produtores; 20% (vinte por cento) do referido valor aos Municípios produtores e 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

Cumprе ressaltar a concentração dos trabalhos de exploração à época no ambiente continental, sendo, então, os normativos aqui previstos direcionados para essa realidade locacional que, convenhamos, não configura nenhum problema interpretativo acerca da problemática da distribuição dos *royalties*.

A partir da exploração marítima de petróleo e gás natural, o legislador federal, por meio da Lei nº 7.453/1985, definiu o regime de compensação aos Estados e Municípios, quando a produção de óleo e gás natural viesse de campos situados na plataforma continental, em seu Art. 1º, alterando o Art. 27 e parágrafos, da Lei nº 2.004/1953, a saber:

Art. 1º

O artigo 27 e seus parágrafos da Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pela Lei 3.257, de 2 de setembro de 1957, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27 – A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados e Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo.

.

.

§ 4º - É também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no *caput* deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das

referidas áreas, e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios.

Por outro lado, o legislador federal, por meio da Lei nº 7.525/1986, trouxe à baila normas complementares para a execução do disposto no Art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, destacados aqui os seguintes pontos, a saber:

Art. 1º

A indenização a ser paga pela Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRÁS e suas subsidiárias, estender-se-á à plataforma continental e obedecerá ao disposto nesta lei.

Art. 2º

Para os efeitos da indenização calculada sobre o valor do óleo de poço ou de xisto betuminoso e do gás natural extraído da plataforma continental, consideram-se confrontantes com poços produtores os Estados, Territórios e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços. (BRASIL, 1986)

Resta claro, já a partir da legislação antes referida (Lei nº 7.453/85), a posição do legislador de definir parâmetros de distribuição da compensação aos Estados, Territórios e Municípios, relativa à exploração de petróleo, inclusive no âmbito da plataforma continental (BRASIL, 1985).

Cabe destacar, todavia, que até então a figura dos *royalties* não era citada de forma expressa e a compensação prevista em face da exploração de petróleo estava atrelada a um conceito de natureza jurídica indenizatória.

A previsão, portanto, da distribuição dos resultados econômicos obtidos com a produção desse bem natural, comprova que ela se dava de forma prioritária para aqueles entes, em tese, mais prejudicados pelos trabalhos de exploração de óleo, resultando daí o viés indenizatório demarcado pelo legislador (Lei nº 7.453/85).

O restante dos entes federativos, sem relação direta com os trabalhos de exploração, foi beneficiado de maneira secundária e em quantitativos infinitamente menores daqueles definidos para os Estados produtores aquinhoados pela partilha dos valores destinados ao Fundo Especial previsto no Art. 6º, da Lei nº 7.525/1986, a saber:

Art. 6º

A distribuição do Fundo Especial de 1% (um por cento) previsto no § 4º do art. 27 da Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953, far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos para o rateio dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados, dos Territórios e dos Municípios, obedecida a seguinte proporção:

- I. 20% (vinte por cento) para Estados e Territórios;
- II. 80% (oitenta por cento) para os Municípios.

Com o advento da descoberta da camada pré-sal e a adoção de um novo contrato de exploração, o contrato de partilha de produção, o legislador encaminhou ao Congresso, quatro projetos de lei, a saber: o Projeto nº 5.938/2009 que propunha a definição do contrato de partilha de produção, o Projeto nº 5.939/2009 que propunha a criação de uma empresa que deveria ser a encarregada pela gestão das operações de exploração submetidas ao contrato de partilha de produção, o Projeto nº 5.940/2009 que definia a criação do Fundo Social, composto a partir dos recursos oriundos da exploração de óleo e gás no ambiente do pré-sal e, por fim, o Projeto nº 5.941/2009 que estabelecia a previsão para que a União cedesse à Petrobras onerosamente o petróleo existente nas áreas do ambiente pré-sal que ainda não tivessem sido outorgados.

O Projeto de Lei nº 5.938/2009 definia que a distribuição dos royalties na camada pré-sal seguiria os mesmos parâmetros estabelecidos pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997).

Vejamos o que nos informa o legislador da Lei do Petróleo.

O Art. 47 da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) define o percentual de 10% (dez por cento) da produção de petróleo como o parâmetro a ser pago a título de royalties, a saber:

Os royalties, serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás natural.

Ao mesmo tempo, dispõe o legislador da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), que em face da constatação de alguns fatores inerentes à produção, reflexo das características geológicas do campo em análise, a Agência Nacional do Petróleo poderá prever, no edital de licitação do campo em exploração, a redução do percentual

previsto pelo legislador da Lei do Petróleo (Art. 47, *caput*), trazendo o percentual dos *royalties* ali previsto para o patamar de 5% da produção (Art. 47, § 1º), a saber:

Artigo 47

§1º

Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante de 5% (cinco por cento) da produção.

No que tange aos valores correspondentes à parcela fixa de 5% (cinco por cento), os regramentos de distribuição dos *royalties* serão disciplinados pela norma do Artigo 7, da Lei nº 7.990/1989, que alterou o Artigo 27 da Lei nº 2.004/1953, a saber:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, operados pela PETROBRAS, obedecidos os seguintes critérios:

- I. 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;
- II. 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;
- III. 10 % (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

(.....)

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no *caput* deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1,0% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser atribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

(.....)

§ 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no *caput* deste artigo. (BRASIL, 1953)

Resta claro que o legislador definiu, assim, os parâmetros de divisão dos *royalties* advindos da exploração continental, situação na qual o critério utilizado foi o

do 'território' em que teria ocorrido o trabalho de lavra. Aqui não existem maiores problemas no que tange à divisão dos resultados econômicos decorrentes da exploração.

No caso da exploração marítima, todavia, a distribuição dos royalties se faz com base no critério da projeção dos limites territoriais dos entes federativos subnacionais na região do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, visando, assim, beneficiar os ditos Estados Confrontantes e Municípios Afetados, e somente estes.

Por outro lado, a parcela excedente do percentual de 5% (cinco por cento), definida de forma correta pelo legislador, está retratada de forma clara no artigo 49, da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), a saber:

A parcela do valor do *royalty* que exceder a 5% (cinco por cento) da produção terá a seguinte distribuição:

quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, ilhas fluviais e lacustres:

52,5% (cinquenta e dois e meio por cento) aos Estados onde ocorrer a produção;

15% (quinze por cento) aos Municípios onde ocorrer a produção;

7,5% (sete e meio por cento) aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;

25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo;

Quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

II.1. a parcela fixa de 5% (cinco por cento) seria dividida do seguinte modo, a saber:

30% (trinta por cento) para os Estados confrontantes com campos produtores;

30% (trinta por cento) para os Municípios confrontantes com campos produtores;

20% (vinte por cento) para o Ministério da Marinha;

10% (dez por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural;

10% (dez por cento) para um Fundo Especial a ser distribuído entre Estados, Territórios e Municípios.

II.2. A parcela variável entre 5% e 10% seria distribuída do seguinte modo:

22,5% (vinte e dois e meio por cento) aos Estados produtores e confrontantes;

22,5% (vinte e dois e meio por cento) aos Municípios produtores confrontantes;

15% (quinze por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;

7,5% (sete e meio por cento) aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;

7,5% (sete e meio por cento) para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;

25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia, para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo. (BRASI, 1997)

Cabe ressaltar que o Projeto de Lei nº 5.938/2009, no que tange aos parâmetros de distribuição dos *royalties*, sofreu alteração no curso do seu processo de discussão e aprovação na Câmara dos Deputados, mormente no que diz respeito ao posicionamento inicial que previa a adoção dos elementos já definidos pelo legislador da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), como parâmetros balizadores da distribuição dos *royalties*, dando nova conformidade ao formato de distribuição dos *royalties*, advindos da produção terrestre e marinha, que foram perfilhados na Lei nº 12.351/2010, em seu Art. 64, a saber:

Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea d do inciso II do art. 49 da Lei 9.478 de 06 de agosto de 1997, a parcela restante dos *royalties* e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma Lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre os Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

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

§ 1º A União compensará, com recursos oriundos de sua parcela em *royalties* e participações especiais, bem como do que lhe couber em lucro em óleo, tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção, os Estados e Municípios que sofreram 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 sofreram redução de suas receitas em virtude desta Lei, simultaneamente ao repasse efetuado pela União aos demais Estados e Municípios.

§ 3º Os *royalties* correspondentes à participação no resultado da exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, vedada a sua inclusão no cálculo do custo em óleo, nem como qualquer outra forma de restituição ou compensação aos contratados, ressalvado o disposto no § 1º do art. 50 da Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997. (BRASIL, 2010)

Ressalvada a participação da União e bem assim o percentual de 7,5% (sete e meio por cento) atribuídos aos Municípios, no caso quando a parcela do valor dos *royalties* exceder a 5% (cinco por cento) da produção, na hipótese da exploração ocorrer na plataforma continental, o disposto no antes citado artigo 64 da Lei nº 12.351/2010 estabelecia um quadro de percentuais a ser aplicado na distribuição dos *royalties* dirigido, todavia, a todos os Estados e Municípios, denotando, assim, uma clara tendência, mesmo considerando o normativo constitucional do § 1º, do artigo 20, da Constituição Federal, de não limitar a partilha dos *royalties* a tão somente os Estados produtores e confrontantes aos campos de produção.

Resta claro, portanto, que o pensamento do legislador infraconstitucional tem sido, de há muito, o de atribuir ao regime de distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo um perfil claramente isonômico, respeitando, sobretudo, os limites do federalismo.

Cabe destacar, todavia, que o referido dispositivo de lei foi vetado sob o argumento de que (razões do veto):

... o artigo não estabelece a fórmula ou a alíquota para obtenção do montante total dos recursos provenientes dos *royalties*.

Igualmente, não é fixado o percentual desses valores que corresponderá à participação da União, nem, conseqüentemente, o percentual que será destinado aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Tais dados são imprescindíveis ao cálculo da parte a ser dividida entre a União e os demais entes, na forma do *caput* e dos incisos, e de eventual compensação, prevista no § 2º.

A proposta não deixa claro se as regras para divisão dos recursos se restringem aos contratos futuros ou se são aplicáveis aos já em vigor.

Também se observa que não foi adotado o critério para a compensação de receitas aos Estados e Municípios pela União.

Em ambos os casos, a consequência poderia ser uma alta litigiosidade entre os diversos atores.

Tal veto presidencial foi, porém, derrubado, surgindo na sequência um novo modelo de distribuição dos *royalties* oriundos da exploração marítima de petróleo, pautada pela Lei nº 12.734/2012, comentada a seguir.

Importante, observar que as regras legais de distribuição dos *royalties* previstas originalmente na Lei nº 2.004/1953 e, posteriormente, definidas na Lei nº 7.990/1989, já sob a égide a Constituição Federal de 1988, e, bem assim, nos normativos da Lei nº 9.478/1997, traziam a ideia conceitual, ao nosso ver equivocada, como haveremos

de fundamentar, de Estados e Municípios produtores, no que tange à exploração de óleo e gás no ambiente de plataforma continental.

Finalmente, o legislador proporcionou nova alteração no regime da distribuição dos *royalties* do petróleo, no tocante à produção *offshore*, dessa feita pela Lei nº 12.734/2012, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, cria o Fundo Social e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos, além de alterar dispositivos da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) e definir outras providências.

No sistema do contrato de partilha de produção, a distribuição dos *royalties* passa a ter a seguinte conformação, a saber:

Art. 2º

A Lei 12.351/2010, passa a vigorar com a seguinte nova redação para o art. 42 e com os seguintes novos arts. 42-A, 42-B e 42-C:

Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais:

I – royalties; e

II – bônus de assinatura.

§ 1º Os royalties com alíquotas de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo.

.....

.....

Art. 42-B. Os *royalties* devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma:

I –

II – quando a produção ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou, na zona econômica exclusiva

22% (vinte e dois por cento) para os Estados confrontantes;

5% (cinco por cento) para os Municípios confrontantes;

2% (dois por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluído, na forma e critérios estabelecidos pela ANP;

24,5% (vinte e quatro e meio por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

.....

24,5% (vinte e quatro e meio por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

.....

22% (vinte e dois por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, incluído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos

específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

No sistema do contrato de concessão, a distribuição dos *royalties* passa a ter a seguinte conformação:

Art. 3º A Lei 9.479/1997, passou a vigorar com as seguintes novas redações para os arts. 48, 49 e 50, e com os seguintes novos arts. 49-A, 49-B, 49-C, 50-A, 50-B, 50-C, 50-D, 50-E e 50-F:

Considerando a parcela obrigatória de 5% (cinco por cento), temos a seguinte estrutura dos *royalties* do petróleo:

Art. 48. A parcela do valor dos *royalties*, previstos no contrato de concessão, que representar 5% (cinco por cento) da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios:

I –

II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva:

20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes;

17% (dezessete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 7.525, de 22 de julho de 1986;

3% (três por cento) para Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na forma e critério, estabelecidos pela ANP;

20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

20% (vinte por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

No sistema de concessão, quanto à parcela variável entre 5% (cinco por cento) e 10% (dez por cento), a distribuição dos *royalties* se dará segundo o modelo abaixo:

Art. 49

Quando a lavra for na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva:

20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes;
 17% (dezesete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 7.525, de 22 de julho de 1986;
 3% (três por cento) para Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na forma e critério, estabelecidos pela ANP;
 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
 20% (vinte por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

Convém anotar, pois, que o modelo de distribuição dos royalties do petróleo, definido pelo legislador federal, sem ser estático, modificou-se ao longo do tempo, obedecendo um caráter dinâmico, pautado de acordo com as circunstâncias contratuais estabelecidas e movido não somente pelo 'critério da territorialidade natural', mas, igualmente, pelo 'critério da territorialidade construída', esta última fórmula trabalhada no sentido de privilegiar os ditos Estados Confrontes e Municípios Afetados, nos limites aqui anteriormente já discutidos e que, no mínimo, criam uma situação de nítida estranheza e perplexidade, impactando o modelo federalista de Estado, comprometido, em certa medida, até o advento da atual lei de regência (Lei 12.374/2012).

A nova legislação de distribuição dos royalties marítimos do petróleo passa a definir um critério que, em certa medida, parece buscar atender a um tratamento movido pelo federalismo e pelas pautas da equidade, solidariedade, enquanto princípio, informado pelos primados da justiça distributiva intergeracional.

Além dessa complexa e intrincada estrutura de distribuição dos *royalties*, cabe também destacar toda uma previsão de uma modulação temporal, trazida pela nova Lei 12.374/2012, em comento, o que faz com que tenhamos, de um modo sintético, a seguinte estrutura de distribuição dos *royalties* marítimos de petróleo (SCAFF, 2014), consideradas as sistemáticas dos contratos de partilha e de concessão, a saber:

DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO (PARTILHA E CONCESSÃO)

	PARTILHA	CONCESSÃO 5%	CONCESSÃO 5%/10%
Estados Confrontantes	22%	20%	20%
Municípios Confrontantes	5%	17% (2019 4%)	17% (2019 4%)
Municípios Afetados	2%	3%	3%
Rateio FPE	24,5%	20% (2019 27%)	20% (2019 27%)
Rateio FPM	24,5%	20% (2019 27%)	20% (2019 27%)
União (Fundo Social)	22%	20%	20%
Ministério Marinha	0%	NÃO TRATA	NÃO TRATA
Ministério Ciência Tecnologia	0%	NÃO TRATA	NÃO TRATA

(Dados atualizados segundo as legislações de regência)

Observe-se que o atual modelo promove um incremento substancial da distribuição dos royalties marítimos, destacando-se dois aspectos: (1) o formato indireto de distribuição, com base nos rateios mediante os Fundo Social da União, Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e (2) o aspecto calcado em um modelo de transição da distribuição projetada pelo legislador segundo a linha do tempo.

2.2. DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO E A LEI 12734/2012 - O PROBLEMA DA PROJEÇÃO GEODÉSICA DOS LIMITES TERRITORIAIS DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS NA REGIÃO DA PLATAFORMA CONTINENTAL

Detalhe dos mais intrincados está na forma de definição das áreas de abrangência e envolvimento dos Estados e Municípios (confrontantes e afetados) na repercussão de suas pretensas “projeções territoriais” no mar territorial e na

plataforma continental, zona economicamente exclusiva, cuja competência cabe ao IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no que tange a exploração e produção de petróleo na zona *offshore*.

Trata-se, na verdade, da disputa sobre o traçado adequado das linhas de projeção dos limites territoriais do Estados sobre o mar, com repercussão sobre a distribuição dos *royalties* de petróleo, tema que constitui uma demanda de natureza tipicamente federativa.

O traçado das projeções dos limites territoriais do Estados é discussão que levanta problemas destacados em face da metodologia do tratamento geológico dessas projeções.

Questionamentos vários foram já trazidos à apreciação dos tribunais discutindo-se a possibilidade e o acerto técnico da definição das projeções territoriais dos Estados e Municípios na área da plataforma continental, gerando em diversas situações questões conflituosas que surgem em razão dos aspectos técnicos que cercam o problema do traçado das linhas geodésicas para demarcar tais projeções no ambiente marinho.

O Ministro Barroso, do Supremo Tribunal Federal, já tangenciou o tema por ocasião do julgamento da ACO 444/SC, podendo-se extrair desse julgado, nos termos do inteiro teor do Acórdão, em apertada síntese, os seguintes pontos relevantes, a saber:

a) afirma o Ministro Barroso, antes mesmo de enfrentar o mérito nessa ACO 444/SC, que o tema está repleto de especificidades e, no tocante à exploração marítima do petróleo, convém destacar a política dos royalties e o domínio da União sobre o mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, ambiente nos quais os entes federativos subnacionais (Estados e Municípios) não demarcam território algum, restando claro que nesse sentido a União é detentora desses territórios e não os Estados e, tampouco, os Municípios;

b) o domínio da União sobre os ambientes territoriais acima mencionados já se tem assim sido definido pelo menos desde a Emenda Constitucional 1/69, reproduzido que foi pela Constituição de 1988 (art. 20, V e VI);

c) a caracterização do mar territorial é definida nos termos dos Arts. 3º a 5º da Convenção de Montego Bay, como uma faixa que se estende a 12 milhas marítimas contadas, em geral, da “linha de baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo

Estado costeiro”, também denominada “linha de base normal para medir a largura do mar territorial”;

d) a plataforma continental tem a regra geral de delimitação prevista no art. 76, item 1, da referida Convenção, que dispõe: “A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância”;

e) a Lei nº 7.525/1986 veio a estender o pagamento de “*royalties*” aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes com poços produtores de petróleo situados no mar (art. 1º), definidos os territórios desses entes federativos subnacionais, na condição de confrontantes, segundo o ‘critério da territorialidade construída’, a partir do modelo da projeção geodésica de limites territoriais, já tendo sido aqui destacado que enquanto no ambiente continental a discussão da distribuição dos *royalties* do petróleo está assentada no ‘critério da territorialidade natural’, no que tange à lavra em ambiente marinho os critérios de distribuições dos *royalties* levam em conta o ‘critério da territorialidade construída’;

f) considerando os entes federativos subnacionais confrontantes, os *royalties* advindos da produção marítima de petróleo, somente serão a esses entes atribuídos, quando o poço produtor recaia dentro da zona limitada pelas projeções territoriais desses entes no ambiente do mar territorial;

g) os entes federativos subnacionais serão beneficiados pelos *royalties* da produção quando incluídos na área de projeção do seu território no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, nos moldes previstos na Lei 7525/86, que atribuiu ao IBGE a competência

As primeiras observações do Ministro Barroso acerca da matéria posta em julgamento trazem à baila a questão da propriedade do petróleo, sobretudo quando se leva em conta a exploração no ambiente do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, espaços que por força de parâmetros definidos na Constituição da República e de normas do Direito do Mar, estampam de modo claro, no ponto, o domínio da União.

Já surge aqui a questão da definição da repercussão, no âmbito dos entes federativos subnacionais e locais, de uma suposta territorialidade destes mesmos entes no espaço do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

Surge, por outro lado, em certa medida, a necessidade de definir, para que se possa elucidar o modelo de “participação no resultado econômico da exploração” e “compensação financeira na exploração”, prevista no Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988, os mecanismos e parâmetros que serão utilizados para precisar os limites dessa territorialidade assegurada aos entes federativos subnacionais e locais, considerada a exploração marítima de petróleo.

Vem à tona, pois, a questão, no mínimo esdrúxula, das projeções geodésicas ortogonais à linha da costa, como elemento para assegurar o direito dos entes federativos subnacionais e locais à participação nos resultados dos *royalties* auferidos pela União em razão da exploração marítima do petróleo.

Não se pretende discutir aqui a validade da aplicação do método das projeções geodésicas para a definição da conformação da projeção dos limites territoriais dos entes federativos subnacionais objetivando a percepção dos *royalties* marítimos do petróleo, nem a competência atribuída ao IBGE para atuar nesse mister, muito embora entendamos que em face da possibilidade da adoção de duas ferramentas para definir a situação, a da “projeção ortogonal” e a projeção paralela”, resultados distintos podem ser estabelecidos, razão pela qual já salientamos o aspecto esdrúxulo, do ponto de vista técnico, da adoção das projeções geodésicas, salientando, contudo, que na prática ao lado de resolver problemas, podem ser criados ainda mais litígios.

2.3 CONCLUSÕES

a) com o advento do pré-sal a legislação que passou a regular a exploração nesse ambiente geológico, envolvendo o mar territorial, a plataforma continental e a zona economicamente exclusiva, embora tenha previsto, originalmente, por decisão do Parlamento, a divisão dos *royalties* do petróleo por todos os entes federativos, teve tal posicionamento afastado, de pronto, em face de veto expresso do Poder Executivo;

- b) nova lei expedida pelo Legislativo federal (Lei nº 12.734/12) passou a considerar, novamente, a distribuição dos *royalties* do petróleo oriundos da exploração marítima, considerada a previsão da propriedade dos bens naturais, como bens da União levando em conta, sobretudo, o contexto exploratório na área do pré-sal, passando a contar com a promulgação, sem veto, neste mister, por parte do Executivo;
- c) a nova lei (Lei nº 12.374/2012) encontra-se, todavia, submetida ao crivo da análise de sua constitucionalidade no que tange aos novos critérios de distribuição dos *royalties* marítimos, atendendo à provocação dos Estados do sudeste;
- d) os dispositivos que definem a distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo, previstos pelo legislador da Lei nº 12.734/2012, encontra-se com os seus efeitos jurídicos suspensos desde o ano de 2012, fato que contribui para a insegurança jurídica do sistema e o prejuízo dos entes federativos ditos não produtores e confrontantes com os campos de exploração marítima de petróleo e gás natural;
- e) não bastassem as intrincadas variantes dos posicionamentos da legislação do petróleo, na linha do tempo, há que se considerar, ainda, a dificuldade do critério de definição dos supostos limites territoriais de Estados e Municípios, na área da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva, pautado pelo sistema de projeções das coordenadas geodésicas, mecanismo complexo e pouco preciso, utilizado pelo IBGE para a configuração dos direitos dos entes federativos subnacionais e locais;
- f) cumpre destacar o mecanismo de distribuição dos *royalties* do petróleo e o do gás natural, pautado pelo Lei nº 12.374/2012, com base em um sistema de distribuição “direta” e “indireta”, sendo esse último mecanismo por meio do Fundo Social da União, previsto pelo legislador desse antes citado diploma legal;
- g) a previsão da distribuição “indireta” apontada pelo legislador da Lei nº 12.374/2012, por meio do Fundo Social da União, representa um mecanismo acertado, que preserva o aspecto isonômico da distribuição dos *royalties* e, sobretudo, dá sustentabilidade ao pacto federativo;

- h) há que se destacar que a regra de distribuição dos *royalties* do petróleo, sobretudo em relação à exploração marítima, considerando a tese da divisão entre todos os entes federativos não é nova, já tendo sido prevista na Lei do Pré-sal, muito embora tenha tido o seu dispositivo específico revogado pelo Executivo federal;
- i) por fim, há que se destacar que a própria ferramenta que possibilita a definição de uma projeção de território dos entes federativos subnacionais e locais, a tal projeção geodésica de linhas retas, no espaço reservado do mar territorial, plataforma continental e da zona econômica exclusiva, é tecnicamente discutível e precária no sentido de garantir aos Estados e Municípios confrontantes às zonas de exploração marítima de petróleo o direito subjetivo à percepção dos *royalties* que lhes é assegurado no bojo do Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988;
- j) importante destacar, igualmente, que a adoção de uma ferramenta tão precária, do ponto de vista técnico, para demarcar a projeção da territorialidade de Estados e Municípios relacionados, em certa medida, com os trabalhos de exploração marítima de petróleo e gás natural, não bastassem os inúmeros gargalos críticos que a interpretação jurídica do aparato legal que norteia esse setor extrativo mineral, já apontam, são pontos que, no mínimo, devem ser levados em consideração em qualquer pauta de discussão que se pretenda desenvolver;
- l) não se pretende discutir aqui o papel do IBGE, órgão cuja competência para conduzir o processo de aferição das projeções dos limites territoriais de Estados e Municípios sobre as áreas do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva é inquestionável, conforme decidido pelo próprio Ministro Barroso ao decidir sobre a ACO 444/SC;
- m) o que se traz à discussão é o aspecto relacionado com a ferramenta técnica utilizada pelo IBGE para definir as projeções marítimas dos limites territoriais de Estados e Municípios no caso da exploração marítima de petróleo;
- n) não resta dúvida que a situação aqui descrita gera, sem dúvida, um clima de insegurança jurídica, que deverá provocar inúmeros judicializações sobre o tema, muito embora o Judiciário não reúna razões para se imiscuir e nem mesmo estabelecer juízos valorativos sobre a questão.

CAPÍTULO 3. ROYALTIES DO PETRÓLEO E FEDERALISMO

SUMÁRIO: 3.1. Que federalismo é esse? 3.2. O federalismo fiscal e a questão dos valores e princípios; 3.3. Princípio constitucional do federalismo fiscal como elemento de renovação e harmonização do sistema jurídico do Estado Federal brasileiro; 3.4. A federação brasileira e o federalismo patrimonial, fiscal e cooperativo no campo do petróleo; 3.5. Conclusões.

Após discorrer sobre os aspectos introdutórios e, bem assim, as questões relacionadas com a importância econômica dos *royalties*, sua inserção constitucional, sua natureza jurídica, a evolução legislativa que regula a matéria e, sobretudo, o enfoque dos *royalties* à luz específica da Lei nº 12.374/2012 e o critério de definição dos limites territoriais de Estados e Municípios, no âmbito do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, com base no sistema de projeção geodésica, passamos agora a discutir o tema da tese levando em conta a questão do federalismo, seu viés patrimonial, cooperativo e fiscal no campo da exploração de petróleo e gás natural.

Analisa-se no presente capítulo o federalismo a partir do contexto dos princípios e valores, suporte que deve ser sempre considerado na aplicação das leis e regras do sistema jurídico como um todo.

Aborda-se, inicialmente, de que tipo de federalismo se trata, este que é adotado quando a discussão envolve a exploração de petróleo e gás natural, posto que a política de distribuição dos *royalties* advindos da produção marítima do petróleo, na medida em que privilegia alguns entes federativos, em detrimento de outros, cria, em certa medida, uma situação de aparente afronta ao pacto federativo.

Utilizamos aqui a expressão “aparente” pois é sob essa ótica que será descortinada a discussão da presente tese de doutorado aqui analisada.

Discorre-se sobre a questão dos *royalties* do petróleo a partir de considerações acerca do princípio constitucional do federalismo que ampara o tema, destacando a sua importância e sua natureza como elemento de renovação e harmonização do sistema jurídico como um todo.

A discussão temática do federalismo fiscal e sua relação com os *royalties* do petróleo oriundos da exploração marítima se impõe como fator de construção dos fundamentos reitores de uma teoria de justificação da distribuição dos resultados econômicos da exploração desse bem natural, considerada a estrutura de Estado Federal que impera no Brasil, por desiderato constitucional expressamente definido, sustentada, ainda, nos objetivos republicanos perfilhados pelo legislador constituinte originário de 1988.

Em resumo, o objetivo do presente capítulo é o de determinar em que medida o marco teórico e constitucional do federalismo impacta no tema reservado da distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo.

3.1 QUE FEDERALISMO É ESSE?

Começamos nesse capítulo a discussão da questão relativa aos *royalties* da produção *offshore*, com o foco voltado para a questão federal, trazendo à baila uma indagação que além de intrigante, desperta a atenção para muitas questões, e daí a pergunta que se impõe: **que federalismo é esse?**

É de todo desnecessário reafirmar aqui que o regime federal no Estado moderno configura uma discussão importante, pois seja qual for o viés adotado, tal relevância resta a florada.

Não foram poucos os que buscaram estipular um conceito único e acabado de federalismo, sem, contudo, obterem sucesso, tendo em vista não terem se atentado para o fato de que estavam tratando de um conceito interpretativo e que, como tal, varia ao sabor da interpretação utilizada.

A discussão do presente tema deve ser pautada primeiramente pela ideia de Estado, levando em conta as questões da sua forma e dos recursos necessários ao

seu financiamento, destaques relevantes na apreciação da temática da distribuição dos royalties marítimos do petróleo.

A relevância de efetuar, inicialmente, a análise, ainda que superficial, da figura do Estado, prende-se ao fato de que preside as relações jurídicas no seu seio, segundo os princípios da 'universalidade' - todos têm todos os direitos e deveres previstos na ordem jurídica - e o da 'igualdade' - todos têm os mesmos direitos e deveres - (MIRANDA, 2008).

Em breve e apertada síntese, e sob o prisma conceitual, levando em consideração as formas sob as quais o Estado aflora, pode-se caracterizá-lo, na prática, e para os fins do presente trabalho, como: unitário ou federal.

O Estado Unitário tem no seu poder concentrado no governo central, que pode delegar parcelas de prerrogativas aos demais entes, na extensão de sua vontade e pelo tempo que houver interesse e a inexistência de autonomia para os demais entes afora o poder central (AGRA, 2006), residindo nisso a sua principal característica.

Em face da concentração de poderes no poder central, não se pode cogitar, na verdade, de descentralização, mas, quando muito, apenas em desconcentração (AGRA, 2006), entendida aqui a descentralização como uma outorga de competências do poder central para os entes subnacionais, enquanto na desconcentração não se cogita de divisão de atribuições, muito embora o poder central possa, na medida das circunstâncias, respeitados determinados limites, delegar certas atribuições para que estes mesmos entes possam exercê-las (DI PIETRO, 2004).

Por outro lado, a forma federativa de Estado caracteriza-se pela descentralização de poder entre os entes políticos, cada um deles titulares de competência própria e, principalmente, dotados de autonomia e autogoverno, bem assim, de inúmeras atribuições próprias, nos campos legislativo, orçamentário, financeiro, administrativo e, sobretudo, tributário ((AGRA, 2006).

Trata-se, pois, de um sistema formado por polos distintos, compostos pelo Estado Federal e pelos entes federativos subnacionais, tendo como características, no caso brasileiro, segundo o que estabelece o texto constitucional de 1988, sobretudo, a igualdade dos entes federativos, a influência dos Estados-membros na formação da vontade nacional, a existência de um tribunal federal para dirimir os litígios entre os entes formadores da federação e, finalmente, a definição constitucional de competências para cada um dos entes federativos, mormente no campo tributário.

De outro lado, analisando-se o Estado sob o prisma das suas receitas e, sobretudo, em face da natureza do vínculo que define a receita pública, podemos caracterizá-lo como Patrimonial e Fiscal.

O Estado Patrimonial representa aquele no qual teríamos, de modo preponderante, suas receitas oriundas da exploração de seus próprios bens e serviços (SCAFF, 2014).

De outra sorte, o Estado Fiscal representa aquele no qual teríamos, de modo preponderante, as suas receitas oriundas da atividade tributária (SCAFF, 2014).

Claro que não há falar em tipos puros de Estado, seja no viés patrimonial, seja no viés fiscal, motivo pelo qual utilizou-se aqui, seguindo o posicionamento do jurista Fernando Facury Scaff (SCAFF, 2014), com quem, no ponto, concordamos, a expressão 'preponderante'.

O pensamento federalista, ao contrário do que se pode imaginar, remonta ao mundo antigo.

Não são, contudo, unânimes os posicionamentos dos doutrinadores quanto à data exata do seu surgimento.

De forma teórica e estruturada, como conceito ou forma de organização, o seu aparecimento está localizado nos Estados Unidos, a partir da Constituição Americana de 1787. Este documento – considerado o de maior relevância em termos de federalismo – nasceu da união das treze (13) colônias americanas que se libertaram da dominação inglesa na Revolução Americana. Unindo-se em prol da independência comum e fugindo da ameaça de retorno à subjugação colonial, estas colônias reuniram-se para regulamentar o ordenamento, de forma a preservar a soberania de cada Estado, mas igualmente permitindo a sua proteção e consolidação (BARROSO, 1982). O estudo em tela, partindo exatamente da Revolução Americana, e da sua grande importância para o mundo como um todo, analisa o processo de surgimento e consolidação do Estado Federal, oriundo dos Estados Unidos (e lá também vigente), e modelo para vários países. Ademais, também o Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, e, antes, de forma indireta desde a República, adota a Federação.

Urge que se enfrente a questão, pois é a partir desse enfrentamento que poderemos determinar os seus principais tipos teóricos e qual o modelo de federalismo utilizado na formatação constitucional do Estado brasileiro, objetivando, assim, avaliar de que modo tal conformação do Estado pode impactar na política de distribuição dos royalties marítimos do petróleo, visando sanear, quando possível,

tanto as demandas verticais entre o Poder Central (União) e os entes federativos subnacionais, como as disputas horizontais instaladas entre esses últimos entes.

De uma forma geral o federalismo visa promover um mecanismo de garantia da democracia e da promoção do desenvolvimento, na medida em que por meio desse regime de descentralização de competências torna-se mais viável, na prática, a consecução de políticas públicas do interesse da sociedade como um todo. Por meio da movimentação do binômio centralização/descentralização de competências torna-se possível atingir-se os objetivos da implementação de políticas públicas que minimizem as assimetrias econômicas e sociais que marcam as características dos vários entes federativos considerados individualmente e dotados de sua autonomia própria.

O federalismo é uma forma de garantia da democracia e do desenvolvimento, alcançados por meio das competências comuns e da execução conjunta de políticas públicas que sejam necessárias e úteis à população como um todo. Através da centralização governamental para que os recursos sejam bem destinados e distribuídos, e da descentralização, a fim de que as desigualdades sociais e econômicas possam ser combatidas em cada região.

O fato de constatarmos, no Brasil, um formato de definição, já de há muito prolongada no tempo, de organização do Estado segundo a estrutura de um modelo federativo de três níveis, estamos, ainda hoje, longe de consolidar um mecanismo harmônico de convivência entre o Poder Central (União) e os entes federativos subnacionais, sendo por demais conhecidos os conflitos que envolvem esses distintos entes, a exemplo do que acontece no presente momento, na disputa relativa à distribuição dos royalties marítimos do petróleo.

E já que a Federação, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal é cláusula pétrea da Constituição (Art. 1º, CF/88) e a independência, autonomia e harmonia da convivência entre os poderes da União constituem, por outro lado, a pedra de toque desse arranjo federal, nada mais oportuno do que se indagar, até do ponto de vista provocativo, sobre qual tipo de federalismo estamos falando quando a discussão envolve a questão dos resultados econômicos da exploração dos recursos naturais não-renováveis e em especial o caso dos royalties marítimos do petróleo.

O tema do federalismo exige, desse modo, o estudo dos seus grandes traços teóricos-doutrinários, já que a sua utilização indiscriminada pode ser geradora de grandes equívocos.

Não é por outro motivo que a utilização indiscriminada de federalismo é bastante perigosa, pois pode levar a elevado grau de confusão, na medida em que a sua utilização sem as devidas cautelas, sem explicar o que verdadeiramente se outorga, como se isso não fosse necessário, tendo em vista a constatação de contornos explicativos muito bem definidos e que não passa de um grande equívoco (FEITOSA, 1998).

Não é sem razão que a ideia de federalismo perpassa pelo binômio unidade/diversidade, ponto nodal e própria do federalismo atual, forma de conseguir reunir a unidade dentro da diversidade, sem comprometê-las de alguma forma, um mecanismo apaziguador das diferenças entre os entes federativos, sintonizado a partir de um movimento dialético de tendências contraditórias e que na visão de Garcia-Pelayo (GARCIA-PELAYO, 1984).

Claro que a formatação proposta pelo federalismo não pode ser vista como um mecanismo para exorcizar todas as assimetria, pois, afinal, se assimetria inexistisse, os entes federativos não seriam partes diferentes (ARAUJO, 2009), mas apenas para minorá-las, sobretudo no campo da economia, dos recursos naturais, da justiça distributiva, pontos que mantém uma interface óbvia com o problema discutido nessa tese, a da distribuição dos royalties marítimos do petróleo, ingrediente que se bem manejado pode ser o fator de redução dessas assimetrias, proporcionando, assim, que se possa vir a atingir os objetivos e fundamentos propostos pela Constituição Federal de 1988, sob o pálio da justiça e da democracia.

Claro que o equacionamento das assimetrias entre os entes federativos, sem a perda da autonomia desses mesmos entes, ou o comprometimento de suas receitas, constitui o ponto complexo dessa equação, pois não se pode, quando analisado o quadro da repartição dos resultados econômicos advindos da exploração dos recursos naturais não-renováveis (o petróleo marítimo, por exemplo) a título de beneficiar determinado ente, prejudicar outro, ou vice-versa.

Dentro da concepção de federalismo busca-se, pois, construir um caminho que possibilite avaliar se o atual modelo de partilha dos royalties marítimos do petróleo atenta contra o pacto federativo, pode ser tido como inconstitucional ou se o atual formato, previsto na Lei 12.734/2012, preenche os requisitos que tornem a distribuição

desses royalties razoavelmente justa e em sintonia com os objetivos calcados em um Estado Federal como o nosso.

Nos referimos a “razoavelmente justa” pois não acreditamos em uma solução única e definitiva, pois as circunstâncias mudam e o próprio modelo de distribuição dos royalties podem ser alterados, sem ferir as bases do federalismo, preservando os critérios de justiça, os interesses do povo e os objetivos e fundamentos republicanos constitucionalmente declarados no texto da Carta da República de 1988.

Portanto, atendendo ao primado da igualdade federativa, no federalismo calcado pelo viés da descentralização, a autonomia entre os entes federativos, nos termos previstos no Art. 18, caput, da Constituição Federal de 1988 e atentos aos regramentos que impedem o exercício de discriminações injustificadas e criações de preferências no âmbito mais amplo da Federação, busca-se analisar os critérios de distribuição dos royalties marítimos do petróleo, conforme definido na lei atual de regência (Lei 12.734/2012).

A temática da distribuição dos royalties marítimos do petróleo, com o foco voltado para o federalismo, constitui uma dessas demandas importantes, e quando não a maior, a mais complexa no campo do pacto federativo brasileiro na presente quadra.

Portanto, indagamos inicialmente se a distribuição dos resultados econômicos dos royalties da produção marítima do petróleo no Brasil atende, de fato, aos propósitos que seria de se esperar no contexto de um Estado multinível, pautado pelo federalismo.

A Constituição Federal de 1988 ao afirmar que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito (Art. 1º, CF/88), reporta-se, ainda, ao fato de que a organização político-administrativa do Estado brasileiro, compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos estabelecidos pela própria Constituição (Art. 18, CF/88).

Resulta daí o estrato federalista do Estado brasileiro, constituído enquanto República por um ente federativo central, a União, e por entes federativos subnacionais, os Estados e Municípios, um regime que abriga uma nítida descentralização de poderes e no qual é preservada a autonomia dos distintos entes que configuram o Estado e configurando, ao fim e ao cabo, uma forma de Estado

descentralizado politicamente, sistema no qual seria possível reunir a diversidade em face da unidade.

Nesta linha, afirma Garcia-Pelayo (GARCIA-PELAYO, 1984) que o federalismo labora em um movimento dialético de tendências contraditórias, de um lado, a unidade, e de outro, a diversidade.

Na verdade, a referência ao conceito de pacto federativo traz muito a ideia de acordo e se há acordo existem partes distintas que deverão compor um todo, o Estado Federal no caso (LABANCA, 2009).

Essa união, nos termos definidos na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 1º, de fundo indissolúvel, tem essa característica reforçada, de forma clara, mais adiante, no texto constitucional, na porção na qual o legislador constituinte originário de 1988 cercou tal arranjo político-administrativo com ares de cláusula pétrea, na medida em que vedou qualquer movimentação objetivando deliberar acerca de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado (Art. 60, §4º, I, CF/88).

A percepção de descentralização que aflora da ideia de federalismo, atestada entre nós pela própria forma de composição político-administrativa que nos é imposta pelo texto da Constituição Federal de 1988 (Art. 18), configura, ao lado do caráter de autonomia dos entes subnacionais, questão cara a esse tipo de estrutura do Estado.

Vale ressaltar, que a ideia de autonomia dos entes federativos, no âmbito do arranjo de um Estado Federal, implica, de pronto, na capacidade de poder produzir suas próprias normas legislativas, estabelecer regras próprias no campo político, e promover mecanismos próprios de organização e administração.

Autonomia, no caso, designa, tecnicamente, a edição de normas próprias, que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico (HORTA, 1964).

Assim, de resto, convém analisar as facetas que conformam a questão do federalismo e de que modalidade estamos de fato tratando, quando discutimos a questão da distribuição dos royalties marítimos do petróleo.

Analisar a questão do federalismo, dentro desse contexto, a partir da noção de Estado, é algo que se impõe, sobretudo como forma de encarar os interesses envolvidos entre os diversos entes federativos e das múltiplas disputas que afloram entre eles, nessa seara do direito.

Convém perceber que a formatação da Federação se dá não somente no plano do Poder Legislativo, nem, tampouco, tem as suas raízes fincadas unicamente no

Poder Executivo, mas decorre de um movimento criador nascido no âmbito do Poder Judiciário, restando, em certa medida, verificado que o Supremo Tribunal Federal ocupa um papel de protagonismo na definição dos limites do Estado Federal brasileiro (LABANCA, 2009).

Vale salientar, por outro lado, que entre as doutrinas levadas a cabo com o intuito de justificar o Estado moderno, ressalta-se, com o devido destaque, a do contrato social, legitimando-se o poder político quando é fruto da atuação concretizada por meio de um acordo unânime entre indivíduos iguais e livres, nos moldes propostos inicialmente por Hobbes (LABANCA, 2009).

Pelo ângulo de suas várias facetas e o problema aflorado a partir do contexto de Estados multiníveis, resta clara a possibilidade sempre presente de litígios envolvendo os entes federativos.

É o que ocorre no caso particular da exploração do petróleo, sobretudo quando tal exploração ocorre na área marítima.

Trazemos à baila nesse ponto elementos não jurídicos para demonstrar a situação de descompasso e pouca efetividade socioeconômica do modelo até aqui imposto que além de não prestigiar a maioria destacada dos entes federativos nacionais e subnacionais, como seria de se esperar num modelo de federalismo cooperativo, cria situações de privilégio destacado, beneficiando alguns poucos entes federativos que são aquinhoados com os valores derivados dos *royalties* da produção *offshore*, cuja base de distribuição esteve alicerçada, até o advento da Lei nº 12.734/2012, cujos artigos que tratam da matéria relativa à distribuição dos *royalties* permanecem até o presente momento, com os seus efeitos suspensos por força de decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, em critério que leva em consideração a posição territorial de certos poucos entes federativos, denominados de confrontantes e/ou afetados⁵⁹.

Configura-se, pois, a partir das observações iniciais, que serão documental e numericamente demonstradas abaixo, uma clara e flagrante agressão ao princípio

⁵⁹ A definição de “Estado Confrontante” está expressa no texto da Lei 7.525/1986, que considera como tal aquele ente federado que geograficamente fica localizado em áreas que confrontam com os poços petrolíferos marítimos, a exemplo do que ocorre nas áreas de exploração marítima de petróleo nos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo.

federativo, pela via da quebra isonômica do tratamento dado à distribuição dos royalties da produção marítima de petróleo e gás natural.

Em 2018, os *royalties* e a participação especial de petróleo pagos à União pelas empresas petrolíferas somaram quase R\$ 53 bilhões e, desse valor, mais de R\$ 31 bilhões (ou 60%) foram canalizados para os cofres de estados e municípios (GOBETTI, 2020),⁶⁰ como apontado na Tabela a seguir discriminada, que nos traz um registro dos dados quantitativos da distribuição dos royalties marítimos do petróleo, a saber:

Tabela - Transferências de royalties, participação especial e fundo especial a estados e municípios⁶¹

Esfera	2002	2004	2006	2008	2010	2012	2014	2016	2018
Estados (R\$ milhões)									
	2.072	3.801	6.034	8.148	7.768	11.193	12.483	5.950	18.811
Rio de Janeiro	1.668	3.087	5.102	6.720	6.409	8.236	8.711	3.497	13.315
Espírito Santo	34	64	114	417	536	1.658	1.779	974	1.935
São Paulo	3	5	6	6	20	86	552	711	2.354
Demais	367	645	811	1.005	803	1.214	1.441	769	1.207
Municípios (R\$ milhões)									
	1.508	2.523	3.967	5.588	5.190	7.950	9.209	5.486	12.578
Rio de Janeiro	995	1.659	2.699	3.611	3.349	4.510	4.818	2.560	6.776
Espírito Santo	32	69	113	311	374	987	1.126	652	1.182

⁶⁰ Conforme magistério haurido do texto de GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio; SERRA, Rodrigo Valente e SILVEIRA, Fernando Gaiger. A POLÊMICA MUDANÇA NA PARTILHA DAS RECEITAS PETROLÍFERAS. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2020.

⁶¹ Idem

São Paulo	82	115	176	269	270	587	945	788	1.788
Demais	399	680	979	1.398	1.197	1.866	2.320	1.486	2.832
Total (est.+mun.) (R\$ milhões)	3.580	6.324	10.001	13.736	12.958	19.143	21.692	11.436	31.389
RJ-ES-SP (%)	79	79	82	83	85	84	83	80	87

Fonte: ANP.

Esses dados, em si mesmo, nos dá a dimensão da importância do tema, o aspecto crítico da distribuição dos royalties do petróleo e o seu impacto no contexto federativo.

Como se vê na tabela acima referida, historicamente, o Estado do Rio de Janeiro e, mais recentemente, os Estados do Espírito Santo e São Paulo concentram mais de 80% das receitas petrolíferas, sendo que em 2018 essa porcentagem atingiu 87% (GOBETTI, 2020).⁶²

Se uma concentração desse nível, em Estados mais desenvolvidos, já seria um problema a ser corrigido, a situação se agrava ainda mais quando nos atemos a analisar a desmedida concentração na esfera municipal (GOBETTI, 2020),⁶³ como atesta a Tabela a seguir documentada:

Tabela - Ranking dos 30 municípios que mais receberam royalties e participação especial em 2012⁶⁴

Município	UF	População	Valor (R\$)	Per capita (R\$)	Total (%)	Acumulado (%)
Campos	RJ	472.300	1.345.447.924	2.849	17	17
Macaé	RJ	217.951	543.249.372	2.493	7	24

⁶² Idem

⁶³ Idem

⁶⁴ Idem

R. Ostras	RJ	116.134	351.615.682	3.028	4	28
Cabo Frio	RJ	195.197	318.388.225	1.631	4	32
P.Kennedy	ES	10.429	269.599.974	25.851	3	36
SJ da Barra	RJ	33.512	232.363.736	6.934	3	39
Itapemirim	ES	31.421	178.240.058	5.673	2	41
Cas. Abreu	RJ	37.340	123.114.981	3.297	2	43
Linhares	ES	145.639	112.035.695	769	1	44
Maricá	RJ	135.121	111.196.704	823	1	45
Quissamã	RJ	21.234	107.124.539	5.045	1	47
Niterói	RJ	491.807	101.516.604	206	1	48

Município UF População Valor (R\$) Per capita (R\$) Total (%) Acumulado (%)

Angra Reis	RJ	6.390.290	99.074.856	16	1	49
R. Janeiro	RJ	177.101	97.286.307	549	1	51
S Sebastião	SP	76.344	93.450.096	1.224	1	52
Coari	AM	77.305	83.514.354	1.080	1	53
Arm Búzios	RJ	38.740	81.556.504	2.105	1	54
Paraty	RJ	28.973	81.525.132	2.814	1	55
Guararema	SP	26.439	81.062.482	3.066	1	56
Caraguatatuba	SP	104.150	76.258.610	732	1	57
D Caxias	RJ	867.067	55.246.196	64	1	58

Magé	RJ	230.568	55.205.394	239	1	58
Anchieta	ES	24.616	53.607.237	2.178	1	59
Marataízes	ES	34.675	52.804.641	1.523	1	60
Guapimirim	RJ	53.527	47.892.172	895	1	60
I. Comprida	SP	9.376	45.333.168	4.835	1	61
A. do Cabo	RJ	28.295	44.533.397	1.574	1	61
Ilhabela	SP	29.308	44.014.977	1.502	1	62
São Mateus	ES	111.832	43.224.285	387	1	62
Itaguaí	RJ	113.182	41.260.503	365	1	63
Demais		180.995.407	2.924.129.544	16	37	100

Fonte: ANP.

A tabela imediatamente acima apresentada mostra que em 2012, ano em que foi aprovada a Lei nº 12.734/2012, nada menos do que 63% dos quase R\$ 8 bilhões da renda petrolífera transferida aos municípios foram parar no caixa de apenas trinta cidades, que concentravam somente 5% da população brasileira.⁶⁵

Ou seja, enquanto 5% da população brasileira foi agraciada com 63% da receita proveniente do petróleo nacional, os restantes 95% dos cidadãos do país tiveram acesso a apenas 37% desta renda, e essa porcentagem seria menor se não fosse o Fundo Especial do Petróleo, que prevê a transferência de parte dos *royalties* a todos os entes federados.

Mais ainda, apenas dois municípios do Rio de Janeiro, Campos dos Goytacazes e Macaé, receberam em 2012 o equivalente a quase um quarto de todos os *royalties* do petróleo.

⁶⁵ Idem

Se agregarmos os municípios de Rio das Ostras, Cabo Frio e Presidente Kennedy, chegamos a um grupo seletivo de cinco municípios no topo do ranking que concentram 36% dos *royalties*, aproximadamente o mesmo que os outros 5.538 municípios que sequer aparecem listados na tabela imediatamente acima discriminada.⁶⁶

Em resumo, os dados são claros e mostram uma nítida e extrema concentração dos resultados econômicos da exploração de petróleo no Brasil, comprometendo, assim, o pacto federativo e agravando a projeção de futuro, problema que já constituía, não no caso do petróleo especificamente, uma das várias mazelas apontadas pelos juristas e economistas quando da discussão da constituinte de 1988, onde o Anteprojeto do Sistema Tributário Nacional, apresentado pelo então deputado federal Fernando Bezerra Coelho, à famosa Comissão de Notáveis, destacava nas suas considerações críticas do sistema tributário anterior de 1965, uma grave e extrema concentração de poderes nas mãos da União, e, convenhamos, tal situação não restou aliviada com o texto final da Constituição de 1988, muito ao contrário (FEITOSA, 2003)⁶⁷.

Bem por esse motivo trouxemos a indagação: Que federalismo é esse? - ponto de partida para a discussão envolvendo a temática federativa, como argumento para alicerçar a questão da distribuição dos royalties marítimos do petróleo.

Não se pode pensar em um modelo de distribuição dos royalties marítimos do petróleo, pautado no atendimento do respeito ao pacto federativa que instrui o Estado Democrático de Direito, enquanto República Federativa, sem levar em conta os seus fundamentos e objetivos, dentre eles, destacadamente: a dignidade da pessoa humana, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme previsto nos Arts. 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988.

Tais fundamentos e objetivos dão conta da necessidade da atuação de uma justiça de cunho distributivo, a implantação de parâmetros de equidade, sendo de todo inaceitável que se adote, à luz dos argumentos calcados na teoria do federalismo,

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Conforme magistério de FEITOSA, Raymundo Juliano Rêgo. Finanças Públicas e tributação na constituinte: 1967/1988. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 28.

uma prática de distribuição de royalties que não leve em conta critérios de simetria de tratamento, balizado na equidade entre os entes federativos subnacionais.

Já vem de longe a pauta aristotélica que faz crer na implementação da justiça distributiva, por meio de práticas fundadas na simetria e fundada na equidade⁶⁸.

Portanto, tratar assimetricamente os entes federativos subnacionais, e de forma específica aqui na distribuição resultados econômicos da exploração marítima do petróleo, dentro de uma estrutura de Estado marcada pelo modelo de federalismo é algo no mínimo discutível.

Portanto, resta claro que o modelo de distribuição dos royalties marítimos do petróleo praticado até o advento da Lei 12.734/2012 sempre conspirou, de forma evidente, contra a cláusula pétrea de Estado Federal assegurado pelo constituinte originário de 1988 e foi, pois, o motivo determinante para a modificação dos parâmetros legais que passaram a ser adotados pela nova lei de regência (Lei 12.734/2012) e que fez aflorar os litígios envolvendo os entes federativos subnacionais, ora sob a apreciação, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal.

3.2. O FEDERALISMO FISCAL E A QUESTÃO DOS VALORES E PRINCÍPIOS

Recursos naturais são importantes tanto do ponto de vista político e estratégico, como na perspectiva econômica.

A questão do petróleo e do gás natural não seria diferente, estando inserida nessa mesma perspectiva, muito embora em vários Estados nacionais a propriedade e a exploração desses recursos sejam mais um estorvo do que uma benção.

O sucesso de um determinado Estado nacional em lidar com essa questão está atrelado a uma série de variáveis que dependem em certa medida das circunstâncias e as peculiaridades de cada situação em particular.

Vale destacar, de pronto, que uma dessas variáveis é destacadamente, sem dúvida, o sistema federal de estrutura do Estado.

⁶⁸ Como estipulado na obra Aristóteles - Ética a Nicômaco, na tradução do grego produzida por Antonio de Castro Caeiro (vide bibliografia).

Fato é que cerca de metade da produção de óleo e gás natural conhecida atualmente no mundo tem origem em Estados nacionais nos quais, em certa medida, e respeitadas determinadas peculiaridades, impera o sistema federal de repartição dos entes componentes e formadores da estrutura do Estado.

Podemos, nesse ponto, anuir com George Anderson (ANDERSON, 2013)⁶⁹ ao destacar pontos relevantes acerca das tensões horizontais e verticais que se instalam no seio do modelo federalista, derivadas da produção de óleo e gás natural e sua respectiva repartição dos resultados econômicos advindos da exploração desses recursos não-renováveis, a saber:

Federalism and petroleum resources can be a volatile mixture. Federations are based on a division of powers among governments, including the power to control or raise revenues. In petroleum rich federations, there are often tensions over the resource – vertical tensions between different orders of governments, as well as horizontal tensions amongst producing and non-producing regions. And while constitutions may establish a framework for these powers and responsibility, it will be politics that determine how the tensions play out.⁷⁰ (ANDERSON, 2013)

Concordamos com Anderson (ANDERSON, 2013) de que a questão envolvendo o federalismo e o petróleo constitui uma mistura volátil, pois, sobretudo num modelo como o nosso, do tipo dual, no qual União e Estados participam do jogo da distribuição dos resultados econômicos dos royalties, sem falar dos Municípios que também tiram vantagem desse processo, os interesses de cada ente federativo afloram de forma clara e suscitam frequentemente litígios a serem dirimidos pelo Poder Judiciário.

De fato, a relação da questão dos *royalties* do petróleo e o princípio do federalismo e em particular o seu viés patrimonial, cooperativo e fiscal representa uma questão de intensa tensão e conflitos que somente na seara política podem ser solucionados.

⁶⁹ Entendimento haurido do excerto da obra de ANDERSON, George, Oil and Gas in Federal Countries, Oxford University Press (2013), no site [OIL GAS in federal countries \(2014\) G Anderson.pdf \(shareweb.ch\)](#), acessado em 01.02.2021.

⁷⁰ Entendimento haurido do excerto da obra de ANDERSON, George, Oil and Gas in Federal Countries, Oxford University Press (2013), no site [OIL GAS in federal countries \(2014\) G Anderson.pdf \(shareweb.ch\)](#), acessado em 01.02.2021.

Tal aspecto pode ser observado em vários países, sobretudo nos menos desenvolvidos política e constitucionalmente, a exemplo da Nigéria e do Iraque, como teremos a oportunidade de comentar mais adiante.

No Brasil, muito embora vivenciemos um sistema relativamente maduro do ponto de vista constitucional e não soframos as mazelas do impacto de ter que conviver com distintos grupos étnicos na formação do nosso tecido social, não estamos a salvo das pressões, das tensões e dos conflitos federativos que resultam da definição, na prática, dos critérios de distribuição dos *royalties* do petróleo, razão pela qual o tema em comento pode ser considerado um dos maiores gargalos no campo federativo brasileiro, como atesta a própria judicialização do tema, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal.

Com base, pois, na avaliação do princípio do federalismo fiscal e suas nuances desenvolveremos análises que buscarão determinar algumas das questões críticas que cercam a temática da distribuição dos *royalties* do petróleo oriundos da produção *offshore*, quais sejam: (1) a quem pertence o recurso natural explorado? (2) quem gerencia tal recurso? (3) quem legisla sobre tal recurso? e, finalmente, (4) como são recolhidos e distribuídos os *royalties* oriundos da produção?

Para demarcar o terreno da discussão, não se pode deixar de enfrentar os questionamentos acima destacados e convém, de logo, ressaltar que os recursos naturais de que falamos são aqueles do gênero dos não-renováveis, dentre eles o petróleo, são bens da União (Art. 20, IX, CF/88), sobretudo quando tratamos das reservas de petróleo situadas no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva (Art. 20, V, CF/88), ambientes nos quais os entes subnacionais, Estados e Municípios, não detêm território.

Não se pode afastar, igualmente, a discussão sobre os conceitos de Estado, seus bens, seus patrimônios e, bem assim, as receitas públicas que lhes dão sustentação e lhes permite financiar as despesas decorrentes das políticas públicas por eles mesmos perseguidas.

Claro que a abordagem vertical de todos esses temas fugiria aos objetivos do presente trabalho, mas de qualquer forma é necessário que tangenciemos a questão dos tipos de Estado de algum modo.

Analisar a questão da titularidade dos recursos naturais não-renováveis é algo que perpassa pelos conceitos de Estado.

No caso, em comento, trata-se de bens públicos dominiais, recursos economicamente estratégicos, explorados sob o regime de monopólio da União (Art. 177, CF/88).

A questão da definição da natureza de bem público dominial para o petróleo não constitui uma observação unânime no âmbito da doutrina.

Destaque-se o papel relevante que a o texto constitucional nos países de regime federal deixa aforar quando tratam das questões relacionadas com os recursos naturais não-renováveis, o petróleo, no caso, sendo importante destacar que essa não é apenas a única fonte para a elucidação das questões que envolvem a temática da distribuição dos *royalties*, cujo problema é objeto da presente tese de doutorado.

Convém a essa altura trazer, mais uma vez à colação, o entendimento de George Anderson (ANDERSON, 2013)⁷¹ sobre a questão, a saber:

Federal systems have constitutional division of powers between two (or more) orders of directly elected government. Federal constitutions dictate ownership of the oil and gas resources, and also allocate management and fiscal responsibilities in relation to the petroleum sector. But constitutions operate within a broader political, economic, and social context, so their rules can be interpreted, bent or changed to reflect the larger forces operating in the society. Some federal constitutions were written before the emergence of the petroleum industry or any focus on subsurface resources, while others reflect clear consideration of the issue by the constitutional drafters: the former tend to favour constituent unit control, while the latter tend to favour central control. Whatever the constitution provides, the issue is whether the assignment of responsibilities is in agreement with the political forces active in the country or whether it is in tension with them. In the latter case, politics can be expected to challenge the practical meaning of the constitution: it may be that the federal government plays a larger role in relation to the sector, or that the oil-producing constituent units manage to win a management role or a special share of resource revenues. In other words, constitutions matter, but they are only part of the story. (ANDERSON, 2013)

De fato, os suportes constitucionais que estruturam os Estados Federais, sejam eles divididos em dois níveis, ou em três como o nosso, não só definem a titularidade dos bens naturais não-renováveis, o petróleo no caso, como também enumeram os

⁷¹ Entendimento haurido do excerto da obra de ANDERSON, George, *Oil and Gas in Federal Countries*, Oxford University Press (2013), no site [OIL_GAS in federal countries \(2014\)_G Anderson.pdf \(shareweb.ch\)](https://www.shareweb.ch/), acessado em 01.02.2021.

normativos de distribuição de competência legislativa e administrativa envolvendo os distintos entes federativos, União, Estados e Municípios.

Assim, no caso brasileiro, a titularidade dominial das reservas de petróleo, incluída, por não ser, segundo as melhores ideias da mineralogia, um bem mineral, propriamente dito, tratando-se na verdade de hidrocarboneto, no campo dos recursos naturais, da categoria dos não-renováveis, são bens da União (Art. 20, VII, IX, CF/88), sendo privativa da União a competência legislativa sobre o tema (Art. 22, XII, CF/88), restando definida a possibilidade de, por meio de Lei Complementar, ser atribuída aos Estados legislar sobre temas específicos nessa área (Art. 22, Parágrafo Único, CF/88), podendo-se destacar, ainda, uma competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sobre a matéria em questão, especificamente no campo da fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais (Art. 23, XI, CF/88).

Convém perceber que a questão constitucionalmente definida da titularidade da propriedade mineral, incluindo o petróleo, seja ele explorado no ambiente continental ou no ambiente marinho, nas mãos da União, merece a necessária avaliação conceitual e tem forte reflexo na perspectiva do federalismo, que ora estamos analisando.

De fato, convém deixar claro, que a propriedade mineral não constitui uma expressão de significado unívoco, podendo ser utilizada para conceber os recursos minerais e naturais, de propriedade da União, no caso, de natureza pública, e, bem assim, para definir o produto da lavra de tais recursos, de natureza privada.

A separação dessas vertentes de significância da propriedade mineral, fica bem clara, no campo do petróleo, sobretudo quando apreciamos a questão da exploração de óleo e gás sob o regime contratual da concessão.

No caso, de acordo com o Art. 26, da Lei do Petróleo (Lei 9478/97), o produto da exploração pertence ao concessionário, o que já rendeu um grande litígio, submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, no qual se questionava a inconstitucionalidade do referido Art. 26 da Lei do Petróleo, sob o argumento da titularidade dominial do petróleo nas mãos da União.

Portanto, há que se entender o conceito de propriedade mineral para prosseguir de forma correta na análise da distribuição dos *royalties* do petróleo.

Embora a previsão do texto constitucional importe e tenha um destaque todo especial, sobretudo no Brasil, onde o legislador constituinte originário de 1988,

destacou preceito firme acerca da titularidade dominial dos recursos naturais não renováveis e, bem assim, a participação dos entes federativos do Estado nos resultados econômicos, dentre eles os *royalties* do petróleo, ela não é a única parte da questão a ser devidamente considerada, posto que na exploração marítima de petróleo, a distribuição dos resultados econômicos derivados de sua lavra, não está, necessariamente, vinculada ao critério da titularidade dominial das reservas.

São bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva e, bem assim, os recursos minerais, inclusive os do subsolo (Art. 20, V e VIII, CF/88).

Estamos diante, portanto, de um patrimônio da União, um patrimônio público, não sendo diferente, no caso particular do petróleo, tratando-se, pois, de um recurso natural não-renovável, público, de propriedade da União.

As receitas decorrentes da exploração, incluindo os *royalties*, são, igualmente de natureza patrimonial, de caráter público.

A ênfase dada por Anderson (ANDERSON, 2013) acerca da discussão da titularidade dominial dos recursos de petróleo, até certa medida, não é importante, pois a Constituição Federal de 1988, deixa claro que tais recursos são de propriedade da União.

A questão, porém, se avoluma quando o tema da distribuição dos resultados econômicos, incluindo os *royalties*, vem à baila, pois no caso, embora o texto constitucional de 1988 tenha deixado claro o direito geral dos entes federativos subnacionais de “participação no resultado” e “compensação financeira” (Art. 20, §1º, CF/88), não fixou em nenhum momento em que termos tal direito seria quantitativamente definido, deixando a critério do legislador infraconstitucional a definição de tal tarefa.

Seguindo as colocações de Anderson (ANDERSON, 2013), também concordamos que as questões que envolvem, no caso, litígios entre os entes federativos subnacionais acerca da distribuição dos *royalties*, como os que estamos presenciando em face dos termos da nova lei de partilha dos resultados econômicos (Lei 12734/2012), somente serão elucidados a partir de um amplo acordo político, questão que estabelece um vínculo claro com o tema do federalismo.

A disputa e as tensões no seio dos entes federativos subnacionais são elementos importantes a serem considerados na análise da temática dos *royalties*.

Questões econômicas e políticas afloram por óbvio, no contexto mais amplo dessa discussão.

Por outro lado, analisar a questão da temática da distribuição dos *royalties* do petróleo sob o prisma da titularidade dominial do bem, envolvendo, a título de exemplo, situações distintas observadas em doze Federações, nos remete a observações deveras interessantes que denunciam, conforme George Anderson (ANDERSON, 2013),⁷² que a titularidade dominial dos recursos deixa aflorar um quadro muito distinto em termos da participação dos entes federativos nacional e subnacionais, a depender do modelo de pacto federativo adotado.

Vejamos, pois, o reflexo que nos trazem as informações envolvendo alguns países, no contexto da exploração de petróleo no espaço *onshore* e *offshore*, a saber:

Table - Onshore Ownership, Management and Revenue Assignment for Petroleum in Twelve Federations

Country	Ownership	Resource Management	Resource Revenue
Argentina	Provinces	Provinces	provinces/federal
Australia	States	States	States
Brazil	Federal	Federal	states/federal/municipal
Canada	Provinces	Provinces	Provinces
India	States	Federal	federal/states
Malaysia	States	Federal	federal/states
Mexico	federal(nation)	Federal	Federal
Nigeria	Federal	Federal	federal/states
Pakistan	Joint	Federal	Provinces
Russia	Joint	Federal	Federal
United States	states/federal/private	states/federal	states/private
Venezuela	Federal	Federal	Federal

⁷² Entendimento haurido do excerto da obra de ANDERSON, George, Oil and Gas in Federal Countries, Oxford University Press (2013), no site [OIL_GAS in federal countries \(2014\)_G Anderson.pdf \(shareweb.ch\)](http://OIL_GAS_in_federal_countries_(2014)_G_Anderson.pdf), acessado em 01.02.2021.

The table below shows that ownership of onshore resources is with the constituent units in most federations, but with the federal government in Brazil, Mexico, Nigeria, and Venezuela. The United States is an outlier in that ownership of onshore resources can be either state or federal, depending on whether the land is state or federal, and ownership of subsurface resources is typically private when under private land. Russia and Pakistan are also exceptions in that ownership is deemed to be joint amongst the federation and the constituent units.

In most federations, the “ownership” of sub-surface resources is established in the constitution, but this can be different from the powers of resource management and resource revenue determination and collection.

A government’s ownership of the resource does not necessarily mean it will have control over the resource or be the principal beneficiary of the resource rents coming from its resource.

In eight of the twelve federations, the principal responsibility for resource management goes along with resource ownership, but in four cases it does not: in India and Malaysia, the federal government manages the resource owned by the constituent units, while in Pakistan and Russia, the jointly owned resource is managed by the federal government.

Ownership is obviously not an absolute and means quite different things in different federations. (ANDERSON, 2013)

Ou seja, a questão da titularidade dominial dos recursos de petróleo não é, em si mesma, determinante para a definição da distribuição dos resultados econômicos da exploração dos recursos naturais não-renováveis de petróleo.

No caso do Brasil, isso fica patente e é respaldado pelo que conhecemos das normas de regência do texto constitucional da Carta da República de 1988 (Arts. 20, V, VI, IX e §1º).

Por outro lado, a questão da distribuição dos *royalties* do petróleo na região *offshore* (Tabela abaixo), considerado o formato que se observa em 12 modelos federativos, mostra um quadro federalizado, com pequenas exceções, como se pode observar dos comentários de George Anderson (ANDERSON, 2013)⁷³, a saber:

⁷³ Entendimento haurido do excerto da obra de ANDERSON, George, *Oil and Gas in Federal Countries*, Oxford University Press (2013), no site [OIL_GAS in federal countries \(2014\)_G Anderson.pdf \(shareweb.ch\)](https://www.shareweb.ch/), acessado em 01.02.2021.

**Table - Offshore Ownership, Management and Revenue Assignment for
Petroleum in Twelve Federations**

Country	Ownership	Resource Management	Resource Revenue
Argentina	Federal	Federal	Federal
Australia	Federal	Joint	Federal
Brazil	Federal	Federal	states/federal/municipal
Canada	Federal	provinces/joint	Provinces
India	Federal	Federal	Federal
Malaysia	States	Federal	federal/states
Mexico	federal(nation)	Federal	Federal
Nigeria	Federal	Federal	federal/states
Pakistan	Joint	Federal	Federal
Russia	Federal	Federal	Federal
United States	Federal	Federal	Federal
Venezuela	Federal	Federal	Federal

Table above shows that this separation of ownership, management and revenue benefits continues out into the offshore regions.

In all federations, the federal government is deemed to own (or perhaps "effectively own" given the stipulations of the UN convention on the Law of the Sea) the offshore, including the vast economic zone, because the offshore lies outside the boundaries of the constituent units.

Thus, constitutional control of the offshore rests with the federal governments. This is true even in Malaysia despite the ownership of the offshore by the Borneo states and in Pakistan, which recently approved a constitutional change to joint ownership.

Legislation can also be used to devolve management of offshore regions.

In Canada, the federal government in Canada has ceded effective management and the revenues of its offshore resources to the two provinces with offshore production.

Australia has developed a joint management regime for the offshore, though the federal government retains ownership.

While US states have no control of the offshore, several states have been successful in forcing offshore moratoriums by denying effective land access. In Brazil,⁷⁴ the federal government owns and controls the offshore, but the states (especially the adjacent states) and municipalities get most of the revenues. (ANDERSON, 2013)

Muito embora rígidos pelo sistema federalista de governo os países listados nas tabelas acima estão longe de constituírem uma unanimidade, pois são muitas as facetas que, em certa medida, estabelecem divergências, na prática, entre os diversos governos federais aqui listados, que embora sob a mesma rubrica apresentam detalhes que os tornam distintos.

A título de exemplo citemos o Canadá que, diferentemente do Brasil, tem no seu processo legislativo a conhecida cláusula do “não obstante” – “notwithstanding clause”, que confere ao Poder Legislativo a possibilidade de instituir leis que não poderão ser objeto de um controle judicial de constitucionalidade, dentro de um certo período de tempo, diferentemente do que ocorre com o nosso modelo de controle de constitucionalidade de atos normativos e das leis, na via direta e difusa, a primeira sob a tutela do Supremo Tribunal Federal (CITTADINO, 2004).⁷⁵

A trama da distribuição dos *royalties* do petróleo, assim como também ocorre no âmbito da exploração dos recursos naturais não-renováveis em geral, do modo como acima apontado, envolvendo mais de uma dezena de Estados pautados pela ótica do federalismo, tanto para o caso da exploração *offshore*, como no caso da produção *onshore*, está ancorada em três balizas importantes, duas das quais são destacadas por Sérgio Wulff Gobetti (GOBETTI, 2020)⁷⁶, a saber: a finitude dos recursos, a rigidez locacional e a sua indisponibilidade futura e que fazem aflorar algumas questões, que serão tratadas no decorrer desse texto de tese de doutorado, relacionadas com a justiça distributiva, a justiça intergeracional, o direito constitucional

⁷⁴ **Nota de atualização:** no momento presente, com as disposições da nova Lei 12.734/2012, não obstante a suspensão dos seus efeitos, por decisão em sede de cautelar na ADI 9417, a questão da participação dos Estados, ditos produtores e confrontantes com as áreas de produção e Municípios afetados não envolve a expressão maior dos resultados econômicos da produção marítima de petróleo, como outrora, sob o pálio da Lei 12.351/2010, haja vista a previsão legal da distribuição dos royalties marítimos independentemente da localização geográfica dos entes federativos em face das áreas de produção.

⁷⁵ Conforme magistério de CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. In ALCEU, v. 5, n. 9, julho/dezembro, 2004.

⁷⁶ conforme magistério haurido do texto de GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio; SERRA, Rodrigo Valente e SILVEIRA, Fernando Gaiger. A POLÊMICA MUDANÇA NA PARTILHA DAS RECEITAS PETROLÍFERAS. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2020.

e infraconstitucional, bem como os aspectos políticos e socioeconômicos que envolvem todo o tema em comento.

Neste sentido destaca Sérgio Wulf Gobetti (GOBETTI, 2020)⁷⁷

que os *royalties* e as demais modalidades de participação nos resultados da extração de petróleo são uma espécie de compensação ou indenização aos proprietários das jazidas, relacionada ao que os economistas clássicos e neoclássicos classificaram de renda diferencial ou extraordinária, cuja origem está no caráter finito desses recursos, ou seja, na sua indisponibilidade futura. Resulta disso um conjunto de preocupações com a chamada justiça intergeracional e com a correta aplicação dos recursos em prol do bem-estar não só da sociedade atual, como também das próximas gerações. (GOBETTI, 2020)

Deve vir à baila a questão dos princípios, e daí, portanto, buscar-se, nesse ponto, analisar a questão pela perspectiva principiológica, com destaque para o federalismo como ponto de partida.

Registre-se, por oportuno, que a questão do federalismo fiscal, no Brasil, está perfeitamente destacada na Constituição Federal de 1988 que define o modelo de repartição constitucional de receitas tributárias entre os entes federativos subnacionais e locais, cumprindo-se, assim, o desiderato da Constituição Financeira, qual seja, de definir “a esfera material do federalismo fiscal, quanto à discriminação de rendas, mediante a repartição constitucional de competências e a distribuição do produto da arrecadação dos tributos entre os entes federativos” (TORRES, 2014).

O mesmo padrão se projeta para o campo da exploração mineral em geral, incumbindo-se o legislador infraconstitucional de definir as regras de distribuição dos resultados econômicos advindos dessa exploração e em particular da exploração de petróleo e gás natural para os entes federativos, conforme disposto em diversos diplomas legais, dando cumprimento ao disposto no Art. 20, § 1º da Constituição Federal que assegura direito subjetivo desses entes ao recebimento de parcela dos resultados econômicos da exploração situada em seus territórios.

Outro ponto importante a considerar é o da relação que a discussão da questão do federalismo apresenta com a temática dos princípios e valores.

⁷⁷ Idem

Portanto, ainda que se pretenda caminhar de modo distinto, qualquer interpretação acerca da questão da distribuição dos *royalties* do petróleo, na seara do direito, tal análise não prescinde da abordagem temática dos princípios e dos valores, sem falar das variáveis metajurídicas de natureza econômica e política, como já tivemos a oportunidade de destacar.

Tratar, pois, do princípio do federalismo fiscal demanda uma abordagem ainda que superficial sobre a temática dos princípios e valores, como tema geral, pois é nessa perspectiva e a partir dela que construiremos o deslinde da abordagem teórica acerca da distribuição dos *royalties* da produção *offshore* do petróleo no Brasil.

No presente estudo, na medida em que abordamos a questão sob o viés dos princípios, destaca-se, sobretudo, o princípio do federalismo fiscal, sem que se possa deixar de lado, todavia, outras temáticas principiológicas que são igualmente caras no âmbito dessa discussão, como é o caso da justiça distributiva e da justiça intergeracional, sem falar no princípio da autonomia dos entes federativos e isonomia, réguas com as quais deverão ser medidas as questões da presente temática e que serão, todas, objeto da nossa abordagem no evoluir do presente texto.

O tema dos valores encontra-se entre aqueles mais antigos dentro da especulação filosófica, porém nem sempre destacado por essa expressão, denominação de certa forma moderna, haja vista a discussão do problema da justiça em Platão, ou as disputas envolvendo a questão moral em Sócrates, onde a questão dos valores começa a ser realmente motivo de meditação por parte da filosofia, dentro de uma preocupação metafísica (AFTALION, 1999).⁷⁸

De um modo geral, toda a atividade humana implica, de fato, num posicionamento em face de valores, de várias ordens, postura que o homem deve assumir ao longo de toda a sua história, enquanto ser que está no mundo.

A própria vida do ser humano, se processa em meio a um quadro de continua e incessante busca por opções, escolhas e decisões, que, em última análise, deixam aflorar os valores, o bem valioso.

⁷⁸ Observação obtida a partir do magistério de AFTALION, Enrique R. e outros. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 39 edición, 1999, p.683

O Direito não foge à regra, e nem poderia, pois como fenômeno cultural que é, está assentado em valores, longe, portanto, de constituir uma experiência asséptica e avaliativa (SALDANHA, 1998).⁷⁹

Daí afirmar-se com Reale (REALE, 2000)⁸⁰ que

Há um chamado vivo para a Filosofia do Direito, porque está em jogo o destino mesmo das hierarquias axiológicas de cuja estabilidade os códigos eram ou ainda se pretende sejam reflexos.

No incessante renovar-se das normas jurídicas, o direito, que se quer ou que se espera, passa a ganhar terreno sobre o direito que se tem e se ama, **donde a impossibilidade de uma Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos** (negrito nosso). (REALLE, 2000)

Deixe-se claro, desde já, que não se pretende acolher aqui a noção, por certo equivocada, e neste ponto acompanhamos Zaffaroni (ZAFFARONI, 1999)⁸¹, de que a ciência do direito se ocupe, tão somente, em estabelecer juízos subjetivos de valor, mas, sim, aquela que busca definir o alcance dos juízos jurídicos de valor, dentro de um quadro lógico, dogmático, pautado pela linguagem e, por isso mesmo, redutor de arbitrariedades, e, ainda mais, capaz de proporcionar segurança jurídica e previsibilidade para as decisões judiciais, posto que articuladas em consonância com os princípios reguladores do ordenamento jurídico, como um todo, e do direito constitucional, em particular.

O Direito, como instrumento de pacificação dos conflitos intersubjetivos, num tempo em que as questões sociais se multiplicam em ritmo acelerado e o Estado se mostra incapaz de resolver as complexas demandas da sociedade, no meio da qual um clima de frustração e impotência se faz generalizado, é, de contínuo, solicitado para ordenar os interesses divergentes, evitando, assim, que venha a se estabelecer o caos social, carecendo, nessa sua tarefa de proceder continuamente ao sopesamento de valores.

⁷⁹ Obervação cunhada do magistério de SALDANHA, Nelson. Filosofia do direito. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 112-115.

⁸⁰ REALE, MIGUEL. Teoria tridimensional do direito. São Paulo, Saraiva, 2000, p.7.

⁸¹ Entendimento haurido do ensinamento do jurista ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELL, José Henrique. Direito penal brasileiro parte geral. São Paulo: RT,1999, p. 165.

A ideia de valor, ínsita à própria noção de direito, dentro da concepção realista de fato, valor e norma é, portanto, tema de fundamental importância, na medida em que define as condutas humanas como reprováveis ou não, valiosas ou não, norteando, desta forma, o conceito mais largo de justiça.

É, pois, nessa senda, e tendo como pano de fundo o princípio do federalismo fiscal que o presente trabalho constrói os seus argumentos para dirimir as questões complexas que envolvem o problema da partilha dos *royalties* da produção *offshore* de petróleo.

Por sua vez, os dispositivos de lei, enquanto instrumentos munidos de coação, voltados à pacificação de conflitos, dependem, na vida prática, de interpretação para a sua efetiva aplicação, uma interpretação que não dispensa a análise dos valores que servem de fundamentos para uma determinada sociedade e agem como pressupostos na forma de atuação de um dado tipo de Estado.

Diante deste quadro, torna-se difícil, atualmente, aceitar uma exegese jurídica de dispositivos de lei ainda embasada apenas no seu conteúdo literal ou simplesmente semântico, que não esteja, pois, conectada com elementos de fundo axiológico.

Tais práticas acarretam, sem dúvida, o comprometimento das interpretações e consequentes aplicações do direito, podendo dar margem ao arbítrio, espaço que pode dar vez, em sede da discussão da distribuição dos *royalties* e sua base constitucionalmente assegurada, desvios relevantes na forma de entender o modelo de distribuição das receitas econômicas dos *royalties* derivados da produção *offshore* de óleo e gás natural, ficando clara a necessidade, de que se busque nos valores, no valor do próprio ser humano, como fonte de todos os valores, os elementos que possibilitem um melhor desenvolvimento do trabalho hermenêutico acerca dessa tão delicada questão que ora configura o objeto da presente tese de doutorado.

Portanto, sem pretender estabelecer uma noção baseada em uma ideia geral, que nos levaria à concepção de um valor único, mas, sim, buscando uma visão baseada no aspecto plural daquilo que existe, os valores são, assim, inferências regulatórias que o homem, de forma livre, elege com respeito às coisas, resultando a sua apropriação e vivência em virtudes que corroboram para o viver do próprio homem na sociedade e dos entes federativos nacionais e subnacionais em particular.

Aprendamos com Morente (MORENTE, 1980)⁸², para quem a verdadeira noção de valor reside na ideia de que não são e, portanto, despiçando o dilema entre ser, coisas, ou impressões, - os valores não são, mas valem.

Além de serem valentes e não entes, exibindo qualidade irreal, os valores são dotados, ainda, de outras características, tais como, a sua natureza absoluta (não são relativos, pois se assim fossem seriam valor para uns e não para outros) e o seu caráter objetivo, acrescenta Morente (MORENTE, 1980).⁸³

Em conclusão, após analisar, ainda que de forma perfunctória, a questão do que são os valores, resta destacar quais são aqueles que mais precisamente nos interessam, considerando a ligação do princípio do federalismo fiscal com a questão da distribuição dos *royalties* do petróleo, que se pretende examinar, como objeto da presente tese de doutorado e nessa linha destacamos os valores da JUSTIÇA, IGUALDADE e SOLIDARIEDADE, que constituem os sustentáculos do próprio Estado Democrático de Direito, conforme referência expressa do nosso legislador constituinte de 1988, sem falar da própria ideia de federação que envolve o Estado brasileiro.

A JUSTIÇA por ser, na verdade, o maior dos valores, aquele a partir do qual se irradiam todos os outros.

A IGUALDADE por ser o valor que possibilita a materialização dos ideais de justiça, possibilitando a convivência harmônica entre os entes federativos a fim de se cumprirem, respeitadas as autonomias de cada um desses entes, os desideratos do Estado Democrático de Direito assumidos pelo legislador constituinte de 1988.

A SOLIDARIEDADE por ser valor que permite assentar as razões para a própria ideia de federalismo fiscal, forma participativa, pela qual se dá o financiamento do Estado, pela via do mecanismo da repartição das receitas e da atribuição das competentes autonomias, indispensáveis para a atuação de cada um dos entes federativos do Estado, pedra de toque para as discussões na presente tese de doutorado.

Todo esse enredo de atributos carrega consigo um ônus e deve suportar um custo que é traduzido pelo preço da legalidade, o garante da liberdade e que funciona como referencial do próprio sistema de arrecadação e distribuição das receitas públicas, inclusive as patrimoniais, como é o caso dos *royalties* do petróleo, receitas

⁸² MORENTE, Manuel Garcia. Fundamentos de filosofia. Lições Preliminares. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, pp. 300-302.

⁸³ Idem

originárias da União, que traduz o poder central, e que no dizer de Ricardo Lobo Torres (TORRES, 1999), ao comentar aspectos do poder de tributar do Estado, deixa claro que o mesmo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade e constitui o preço dessa própria liberdade, mas por ela se limita e pode chegar a oprimi-la, se o não contiver a legalidade.⁸⁴

Podemos afirmar, ainda, que os valores, de vez que suportam os princípios, fornecendo-lhes conteúdo e o mais importante, APONTANDO OS FINS QUE DEVEM PERSEGUIR, são elementos indispensáveis para compreender conceitos como os relativos às receitas públicas, com foco nas patrimoniais (originárias), das quais fazem parte os *royalties* do petróleo, suportados que são, entre outros, nos pressupostos valorativos de justiça e dignidade humana, fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, conforme explicitado pelo legislador constituinte de 1988.

Não estamos, por óbvio, a falar de um sistema supra jurídico de valores, como aqueles que retratam o cerne das ideias jusnaturalistas, mas valores vertidos em princípios jurídico-positivados e que constituem, na visão de Willis Santiago (GERRA FILHO, 2001)⁸⁵ instrumentos de destaque na adoção de um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.

Chamamos à atenção, portanto, para o vivenciamento do novo paradigma do pós-positivismo, que malgrado as dificuldades, busca superar as limitações impostas pelo modelo positivista, partindo da premissa de que o aspecto ético não deve ser descartado do direito e que os valores constituem fator de importância na apreciação da lei e da norma dela decorrente, realçando, ademais, a questão dos princípios, que elevada ao status constitucional adquire foro de juridicidade normativa, regulando os parâmetros norteadores de um direito financeiro, no qual a autoridade não está simplesmente atrelada à lei.

É, pois, a partir da inclusão da noção de valores que poderá ser possível buscar um melhor entendimento do real significado da distribuição dos *royalties* do petróleo, com fundamento no princípio do federalismo fiscal e seus valores fundantes, acima apontados e que tendo natureza de norma traz em si mesmo a noção de valor,

⁸⁴ Magistério haurido da doutrina de TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.3.

⁸⁵ Conforme magistério de GUERRA FILHO, Willis Santiago. Tória da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 116-117.

incorporando, no caso brasileiro, todos aqueles que servem de sustentação à concepção do ideário do Estado Democrático de Direito modelado pelo legislador constituinte de 1988.

A análise do significado da distribuição dos *royalties* do petróleo, enquanto receita pública patrimonial, deverá ser realizada a partir de um processo argumentativo que inclua não somente os raciocínios que conformam a elaboração teórica da dogmática jurídica, bem como os mecanismos de interpretação e aplicação do Direito, mas, também, o processo que envolve o próprio discurso legislativo, aquele da produção da lei, como ressalta Atienza (ATIENZA, 2002), pois não se pode deixar de admitir que o princípio do federalismo fiscal, antes mesmo de dirigir-se ao aplicador da lei, vincula, originariamente, o próprio legislador.⁸⁶

3.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO FEDERALISMO FISCAL COMO ELEMENTO DE RENOVAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

A importância da temática relacionada ao princípio constitucional do federalismo fiscal, no âmbito da discussão acerca dos *royalties* do petróleo constitui ponto relevante nos tempos atuais, em que as demandas e pressões da sociedade e, sobretudo, dos entes federativos nacionais e subnacionais, por novos recursos e por seus direitos, constitucionalmente assegurados, implicam, por outro lado, no fato de não se permitir uma hermenêutica constitucional atrelada, tão somente, aos termos de uma visão de mero enquadramento de subsunção do fato à norma, em detrimento da observância de uma teoria principiológica, a ser utilizada como instrumento de oxigenação, renovação e harmonização do sistema jurídico, tarefa esta que a lei, sozinha, dificilmente, tem condições de realizar.

A própria noção polissêmica e geralmente vaga da linguagem jurídica são pontos que levam à necessidade de uma busca pelos fundamentos determinantes da teoria dos princípios, já que a interpretação constitucional fulcrada na tradicional metódica jurídica de subsunção do fato à norma, encontra-se superada e insuficiente,

⁸⁶ Conforme o magistério de ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo, Landy, 2002, pp. 315-320.

exigindo do intérprete uma busca pela valoração, que vai desaguar, em última análise, na questão principiológica.

Ressalte-se, finalmente, de que a importância do argumento válido utilizado nas decisões das questões jurídicas complexas, sem incorrer no erro de deixar a solução abandonada ao sabor do puro decisionismo, nem sempre aponta para decisões estanques, a existência de uma resposta única, o que põe mais uma vez em relevo a questão principiológica.

O conhecimento dos princípios e a habilidade em manejá-los, constituem, sem dúvida, ponto de distinção que separa o jurista daquele que apenas manuseia os textos legais pretendendo aplicá-los indistintamente, num procedimento desconectado dos elementos que fundamentam o ordenamento jurídico, enquanto sistema.

A questão se impõe, no caso brasileiro, pelo simples fato de que o Brasil adota o formato federal, estampado de forma clara no dispositivo inaugural da Constituição Federal de 1988, a saber:

Constituição Federal de 1988

Art. 1º

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (BRASIL., 1988)

Analisar a questão dos royalties, tendo como fundamento o princípio do federalismo fiscal, não constitui tarefa das mais fáceis, seja pelo fato de que não existem, na verdade, muitos exemplos de federalismo a serem seguidos, mas, sobretudo, em razão do fato de que os que são possíveis de serem apontados não chegam a constituir um federalismo real na expressão da palavra, nem podem ser tratados de forma homogênea.

Todavia, para melhor esclarecer a importância da questão do federalismo, iremos destacar, a título de ilustração, dois exemplos práticos, nos quais a questão da exploração da indústria do petróleo assume uma ligação muito forte com o viés do federalismo e uma importância destacada.

O primeiro exemplo é o do **Iraque**, país no qual 95% das receitas públicas são oriundas da indústria extrativa do petróleo, dividida segundo um *framework* de cunho federalista e que, se aprimorado, colocará em prática elementos de equidade e eficiência não somente no que tange ao processo de distribuição dos resultados advindos da exploração desse bem natural, mas corroborará para que o país e suas várias regiões se mantenham unidas segundo um padrão de uma prática federalista estável (BISHOP e SHAH, 2008), não obstante todos os problemas que aquela nação tem passado no período recente.

A Constituição do Iraque atribui o domínio dos recursos do petróleo ao **“the people of Iraq in all its regions and governorates”** (BISHOP e SHAH, 2008), levando-se em conta que, no caso, a questão não se limita apenas à partilha dos recursos auferidos, mas deve levar em conta todo o processo de administração dos valores auferidos por todos os entes contemplados, a sua aplicação em investimentos públicos prioritários, o que realça, por sua vez, o papel de interação dos diversos atores responsáveis pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento das práticas de exploração e dos mecanismos de gestão utilizados nos vários segmentos da indústria e, sobretudo, a tarefa dos órgãos ambientais, a participação dos órgãos regionais, deixando claro o papel participativo e de distribuição de responsabilidade dos entes federativos envolvidos no processo (BISHOP e SHAH, 2008).

Outro exemplo a ser observado é o da **Nigéria**, país no qual 95% das receitas do orçamento público são oriundas da indústria extrativa do petróleo e onde se observa que **“all revenue allocation policies in Nigeria have been politically shaped ... and the resulting policy has been more a product of political bargains and compromises than a solution obtained from scientifically derived formulas”** (IKEIN, 1998).

Não é sem motivo que o mesmo autor (IKEIN, 1998), em obra desenvolvida objetivando analisar questões várias sobre a indústria fiscal e o federalismo fiscal na Nigéria afirma o seguinte:

Thus, in Nigeria and Other developing federations, the cardinal principles of fiscal federalism, equity and efficiency – are seen, not only in economic terms, but more so overtly in political terms. The goal of fiscal policy then, is to ensure there is a reasonable balance in power and resources between the various ethnic groups (or States) and translate that balance into fiscal equity that fosters regional and national development. (KLEIN, 1988)

Resta claro, na opinião do autor (IKEIN, 1998), a necessidade da manutenção de um balanço de forças e recursos dos vários grupos étnicos para que se possa consolidar uma moldura de tratamento que labore no campo da equidade e isonomia, assegurando o respeito às peculiaridades das individualidades de todos aqueles entes federativos que dão corpo à tessitura do sistema político e social.

Não existe uma solução final para equacionar a questão da alocação de recursos em um contexto federativo, sendo difícil qualquer abordagem nesse sentido, tendo a Nigéria, somente no período entre os anos de 1946 e 1982, utilizado 8 (oito) planos diferentes – excluindo aqui os decretos militares que ocorreram durante esse mesmo período – visando encontrar o melhor e mais eficiente modelo de distribuição dos recursos entre os diferentes entes federativos, sem muito sucesso e com agravamento de questões importantes na área do Delta do Niger, onde são encontrados sítios destacados de produção de petróleo naquele país, mas onde impera, por outro lado, uma profunda multiplicidade étnica, que configura o caldo de cultura da caracterização de uma sociedade heterogênea, onde a opção pela via do federalismo tem sido vista como um caminho a ser seguido, a despeito das dificuldades, visando a integração dos diversos grupos a uma política única, mantendo-se, contudo, a independência das identidades (IKEIN, 1998).

Nenhum lugar, portanto, melhor do que a Nigéria, para exemplificar essa constatação do difícil equacionamento do panorama da alocação de recursos em um contexto federativo, já que esse país convive com esse drama por mais de um século, conseguindo apenas de forma limitada um relativo sucesso com o desenvolvimento intergovernamental de políticas fiscais (IKEIN, 1998), dentro de um cenário no qual prevalecem diferenças étnicas importantes.

Observe-se que nos dois exemplos acima referidos, o do Iraque e o da Nigéria, alguns pontos importantes devem ser destacados, se pretendemos usá-los a título de estudo, a saber: (1) a excessiva concentração dos recursos financeiros na área do petróleo e (2) as profundas diferenças étnicas verificadas nessas regiões e (3) a falta de uma sustentação jurídica em nível constitucional, que se existisse em toda a sua plenitude asseguraria um clima de maior segurança jurídica, o que demonstra, nesses dois casos sumariamente destacados, um perfil pouco maduro das práticas federativas postas em ação.

Convém lembrar, para registro, que a formação da estrutura federal é uma forma de organização interna de poderes e competências que pressupõe entes

autônomos, não se trabalhando com a premissa da dominação e supremacia de um ente sobre um outro, muito embora, aqui ou ali, isso possa na prática ocorrer, como se tem observado no caso brasileiro, não se permitindo em nenhuma hipótese a quebra do princípio da autonomia financeira (ATHIAS, 2020).

A autonomia dos entes federativos passa, portanto, pelo domínio dos recursos financeiros e aqui está o ponto nodal que impacta a questão do petróleo e sobretudo a temática da distribuição dos *royalties*, sobretudo aqueles originados a partir da produção *offshore*.

O embate federativo se torna, assim, inafastável, sobretudo quando o tema discutido passa pelas receitas da exploração de óleo e gás natural, bem de domínio da União, mas que por preceito constitucional expresso repercute no somatório de recursos que constituem direito subjetivo dos Estados e Municípios brasileiros.

A formulação de um critério adequado de distribuição dos resultados econômicos da exploração de petróleo se torna de importância fundamental sob pena da quebra das bases do pacto federativo fiscal e em qualquer de suas outras dimensões, já que a autonomia financeira exerce papel de destaque na concretização do federalismo como característica do Estado brasileiro.

Não é por outro motivo que a Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, assevera que “pela subtração de recursos econômico-financeiros às entidades federadas, tem-se chegado à ruptura velada, mas não menos grave, e ao esvaziamento de algumas propostas da Federação” (ROCHA, 1997).

De início, deve-se considerar que o conceito de princípio constitucional, e o princípio do federalismo fiscal não foge à regra, não pode ser tratado sem a devida correlação com a ideia de princípio no Direito, na ciência do direito, onde encontra a sua fundamentação, sendo necessário, desde logo, tentar visualizar sua conceituação a partir da Teoria do Direito, até chegar à sua caracterização no âmbito do Direito Constitucional, analisando o reflexo da sua positivação no corpo das constituições contemporâneas, desvendando, então, a importância de seu papel como elemento de harmonização e renovação do sistema jurídico.

Cumprido, portanto, como ponto de partida, levantar a noção de princípio fora da ciência jurídica, para depois, buscar a sua ideia no interior do sistema jurídico positivo.

Segundo o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda (HOLANDA,2010)⁸⁷, princípios são proposições diretoras de uma ciência, as quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado, ou, ainda, proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzido de nenhuma outra dentro do sistema considerado.

O conceito de princípio jurídico tem sido alvo de várias abordagens teóricas no âmbito da Teoria do Direito, desde a década de 1950 até os dias atuais, tanto no âmbito da doutrina nacional, quanto estrangeira.

No âmbito do direito e seguindo o ensinamento de Carmen Lúcia Rocha (ROCHA, 1994)⁸⁸, na ideia de princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema legal.

Deduz-se daí, que dos princípios se retiram os balizadores que fundamentam e norteiam determinado ordenamento jurídico, condição na qual sua importância torna-se inquestionável, servindo de suporte à interpretação do espírito do próprio sistema no seu todo.

Assim, vale referir a opinião de autores como Esser (ESSER, 1961)⁸⁹, que distinguiu os princípios das normas, tratando-as como tipos distintos, muito embora destacando a ideia de que o conceito de norma era sobreposto ao conceito de princípio e Dworkin (DWORKIN, 2002)⁹⁰ que pacificou a distinção entre regras e princípios como espécie do gênero norma de direito, proclamando a natureza normativa dos princípios e sua distinção, como elementos genéricos, que não se aplicam automaticamente, mas, ao contrário, "enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção⁵⁹, das denominadas regras, essas últimas mostrando uma diferença de cunho lógico, já que se aplicam na base do tudo-ou-nada, entendendo-se daí que ou a regra é válida e deve ser aceita ou, simplesmente, não é válida e não deve ser aceita, não contribuindo em nada aquilo que dispõe para a solução de um determinado caso concreto.

⁸⁷ HOLANDA, Aurélio Buarque. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 1393

⁸⁸ Informação obtida da doutrina de ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.21.

⁸⁹ Conforme ensino de ESSER, Josef Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Bosch, 1961.

⁹⁰ Segundo o magistério de DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002

Não foi sem sacrifício, todavia, que o desenvolvimento da natureza normativa dos princípios criou raízes no seio da ciência jurídica, sendo o resultado do antigo embate teórico entre duas correntes do direito, que ao longo da história se superaram e foram, continuamente, retrabalhadas, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

Fato bem destacado do ensinamento doutrinário de Bonavides (BONAVIDES, 1994)⁹¹ é o de que a busca pela normatividade dos princípios jurídicos teve início, ainda, na fase jusnaturalista do direito, que os posicionou, porém, em esfera abstrata e metafísica, como elementos inspiradores de um ideal de justiça.

De se ver, todavia, que na fase do jusnaturalismo, até pela própria forma pela qual a questão principiológica era abordada, o aspecto de sua normatividade era, ainda, tratado de modo totalmente desprezível.

Com o advento do juspositivismo os princípios passaram a ser inseridos nos Códigos, já agora como fontes normativas, suprimindo os vazios e lacunas que as leis não podem preencher, revestindo-se, todavia, de um caráter, ainda, precário de normatividade, que somente veio a adquirir foros de prevalência, com o advento das correntes pós-positivistas.

Com o pós-positivismo os princípios passaram a ser inseridos nos textos constitucionais, numa grande mudança de enfoque, saltando dos Códigos, para os textos constitucionais, do âmbito do direito privado, para o do direito público, e, como consequência, adquirindo *status* de fundamento axiológico e normativo do ordenamento jurídico, assumindo, assim, uma postura muito mais avançada do que aquela que a visão integradora do direito lhe reservou durante a fase do vetusto positivismo, ora superada.

Partindo do ensinamento de Eros Grau, (GRAU, 2002)⁹² podemos dizer que a existência ou a inserção da noção de princípio no direito positivo, constitui elemento fundante do ordenamento jurídico e até mesmo quando em algumas circunstâncias não é enunciado de forma explícita, desempenha papel importante no processo de interpretação e aplicação do direito, o que torna a sua relevância inquestionável.

⁹¹ Conforme o magistério de BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 232-238.

⁹² Conforme o magistério de GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 81.

Ressalte-se, todavia, que por seu conteúdo polissêmico e plurívoco, a noção de princípio assume variados e diferentes matizes, o que torna bastante complexo o desenvolvimento do estudo do tema por quem pretenda nele se aprofundar, daí a validade da separação entre princípio e regra apontada no início deste capítulo, como resultado do trabalho desenvolvido por Dworkin (DWORKIN, 2002) e aprofundado na doutrina nacional por Eros Grau (GRAU, 2002)⁹³ que, assim, predica:

... um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõe, também, princípios jurídicos ou princípios de direito. (GRAU, 2002)

Seguindo a linha de pensamento desenvolvida por Antoine Jeammaud, Eros Grau⁹⁴ (GRAU, 2002), reafirmando o caráter polissêmico da expressão princípios jurídicos, distingue os princípios gerais do direito daqueles que denomina princípios jurídicos que constituem regras jurídicas. Estes últimos (os princípios jurídicos que constituem regras jurídicas), não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas tão-somente como vigentes e/ou eficazes ou como não vigentes e/ou não eficazes, pertencem à linguagem do direito. Já os primeiros, os princípios gerais de direito, pertencem à linguagem dos juristas e refletem, de forma sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo.

No âmbito da doutrina estrangeira trazemos o magistério do jurista Canotilho (CANOTILHO, 1992),⁹⁵ a saber:

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

- o grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado, de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida grande determinabilidade na aplicação do caso concreto; os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
- o carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os

⁹³ Idem

⁹⁴ Idem

⁹⁵ Conforme o magistério obtido na obra do jurista CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, pp. 166-168.

princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);
- natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamental. (CANOTILHO, p. 166-168, 1992)

A distinção entre princípios e regras não é algo muito simples, em primeiro lugar pelo fato de nem sempre ficar clara a noção de que os princípios tenham uma função meramente retórica ou apenas argumentativa e em segundo lugar pelo fato de que embora os princípios e regras pertençam a uma mesma família, constituindo espécies do gênero norma, são distinguidos pela diferença de grau ou pelo viés qualitativo.

Quanto ao primeiro problema resta deixar claro que os princípios apresentam uma característica de multifuncionalidade, abrangendo tanto o lado argumentativo quanto o lado retórico.

Conclui Canotilho (CANOTILHO, 1992)⁹⁶, dissertando acerca dos princípios, que prefere admitir a distinção entre princípios e regras pelo viés qualitativo, elencando, entre outras, as seguintes diferenças:

As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: (a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebel'sky); (b) a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se; (c) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como regras, à "lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; (d) as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (e) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências' ou standards que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; (f) as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea das regras contraditórias; (g) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); (h) as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). (CANOTILHO, p. 166-168, 1992)

⁹⁶ Idem

Sem dúvida, o entendimento de Canotilho (CANOTILHO, 1992) é por todos os motivos uma referência, razão pela qual optamos referi-lo na íntegra, evitando, assim, qualquer distorção que uma paráfrase do texto do autor pudesse acarretar, pela precisão com que aborda as várias nuances da questão principiológica, deixando clara a importância do tema para todos aqueles que se dediquem ao trabalho hermenêutico dos princípios, de interpretação das leis e aplicação das normas em qualquer ordenamento jurídico.

Não bastasse o destaque, em sede doutrinária, dos inúmeros trabalhos desenvolvidos acerca do tema relacionado com os princípios constitucionais, questão que se entende como uma das mais delicadas no âmbito do direito constitucional contemporâneo, não há dúvida de que no tocante à busca por soluções adequadas das demandas e questões complexas que emergem diariamente no seio da sociedade, sem a previsão explícita do legislador constituinte ou ordinário, por meio de regras, se faz necessário o manuseio competente de uma dogmática principialista ancorada em valores e princípios plasmados no seio do texto constitucional ou que decorram de sua consistência lógica.

Na esteira, mais uma vez, do magistério de Bonavides (BONAVIDES, 1994)⁹⁷, pode-se retirar da dicção do mestre a seguinte observação:

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Daqui já se caminha para o passo final da inclusão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas, sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. (BONAVIDES, p. 228-266, 1994)

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 228-266.

De resto, não poderíamos omitir o entendimento esposado por Alexy, que na esteira do entendimento de Dworkin, configura a distinção entre regras e princípios, discorrendo, sobretudo, sobre uma proposição geral acerca da argumentação jurídica, como discurso racional, nos moldes relatados por Manuel Atienza (ATIENZA, 2002), de uma forma que merece a nossa atenção.

Deste modo, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes, podendo, assim, serem cumpridos em diferentes graus, conforme as condições materiais e jurídicas reinantes.

Já as regras, no entanto, são normas que somente podem ser cumpridas ou não-cumpridas, no âmbito, é lógico, do que é material e juridicamente possível, o que significa dizer que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

Utiliza-se, ainda, o mestre, da noção de colisão de princípios e de regras, como meio para distingui-los, já que o conflito entre regras se dá no âmbito da validade, dentro da noção da aplicação da teoria do tudo ou nada de Dworkin (DWORKIN, 2002)⁹⁸, enquanto o conflito entre princípios se dá no âmbito do peso atribuído a cada um deles em face de um caso concreto, ou seja, do valor, significando que a exclusão da aplicação de um princípio na apreciação de um caso concreto não o exclui do sistema jurídico em questão, o que não ocorre com as regras, que somente não serão aplicadas no caso de não serem válidas, sendo, assim, excluídas do sistema.

Ficou claro, ante a exposição até aqui despendida, que os princípios constitucionais constituem a pedra angular, o fundamento e pressuposto que embasa todo o sistema jurídico constitucional, entendendo-se a Constituição como um sistema e não como um mero conglomerado de normas, dotado, por sua vez, de um caráter aberto, já que sofre influências várias.

Os princípios constitucionais apresentam, então, um componente múltiplo, atuando na prática, em primeiro lugar, como um elemento vinculante para as ações do Estado, dos legisladores em particular e dos diversos operadores do direito, que devem se ater aos regramentos maiores do texto constitucional, e, em segundo lugar, desenvolvendo uma função que denominaríamos de arterial, visando, pela via da dialética, irrigar as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, podendo

⁹⁸ Conforme haurido do magistério de DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002 .

alterá-las quando permitido, ou atualizá-las, quando necessário, dentro do que seria, utilizando o conceito já referido, de Canotilho, a sua função normogenética.

Ocorre, assim, um permanente manejo sistêmico da norma jurídica, não se admitindo, jamais, uma inversão nesse processo, ou seja, a aplicação da norma jurídica ante a um fato concreto, sem antes ter havido um exame, ainda que perfunctório, da validade da interpretação adotada diante do estatuto principiológico vigente, sob pena de se fragmentar a coerência do sistema, com graves repercussões e sérios danos aos direitos dos cidadãos, à sociedade como um todo, desestabilizando-se as premissas que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Assim, os princípios agem como amortecedores das pressões sociais, já que fundados em valores admitidos pela própria sociedade, possibilitam, ademais, uma constante oxigenação do texto constitucional, que diante das demandas trazidas à baila pela sociedade, necessita de interpretações adequadas ao caso concreto.

Desta forma, não obstante a vagueza e o caráter não-unívoco dos princípios, fato que, de resto, serve de ferramenta aqueles que criticam a sua importância, não se pode descurar que é esta mesma vagueza, aliada à falta de univocidade, pontos de grande vantagem, pois servem de elementos para a flexibilização de sua utilização e a possibilidade de seu uso como instrumento de oxigenação do sistema jurídico, conglomerado de normas, dotado, por sua vez, de um caráter aberto, já que sofre influências várias.

Utilizar tais análises é algo que se impõe no tratamento da questão dos *royalties*, na qual a questão principiológica, com destaque para o princípio federativo aflora com grande propriedade e importância.

3.4. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA E O FEDERALISMO PATRIMONIAL, FISCAL E COOPERATIVO NO CAMPO DO PETRÓLEO.

A federação brasileira vem sendo construída desde os tempos do Império, sob a influência dos potentados locais, dos partidos regionais e das forças policiais estaduais (ANASTASIA, 2015).

E apesar de uma longa tradição de vivência federativa, fato é que não se pode afirmar que o Brasil tenha encontrado, ainda, até o presente momento, um modelo razoável e concreto de harmonização entre os diversos entes federativos nacionais e

locais, sendo prova disso, os inúmeros casos de guerra fiscal, entre entes federados e, no caso presente, a própria disputa relativa aos *royalties* do petróleo em sede de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Na esteira das ideias do jurista Raul Horta Machado, as características do Estado Federal, dotado de individualidade própria e que se opõe, na teoria, ao Estado Unitário, podem ser avaliadas a partir dos normativos constitucionais expressos trazidos pela Constituição Federal de 1988, enumeradas, resumidamente, por meio do seguinte rol, a saber: (I) composição plural dos entes constitutivos; (II) indissolubilidade do vínculo federativo; (III) soberania da União; (IV) autonomia do Estado Federado ou Estado-membro; (V) repartição de competências; (VI) intervenção federal; (VII) organização bicameral do Poder Legislativo da União; (VIII) repartição tributária; (IX) dualidade do Poder Judiciário e a existência de um Supremo Tribunal, para exercer a função de Guarda da Constituição na jurisdição difusa ou na jurisdição concentrada, ou em ambas (HORTA, 1999).

Na esteira das ideias de Pontes de Miranda, o Estado Federal trata-se, no fundo, de uma escala de descentralização, assunto de ciência e arte política, que se reflete na Constituição, por meio de estruturas decrescentes, interiores uma às outras, enriquecidas de maior ou menor poderes públicos (MIRANDA, 1973).

Assim, tem o Estado, o direito de se fazer federativo ou unitário, admitindo aquele o modelo de Confederação ou de Federação.

Trata-se de Confederação “quando cada Estado está para o direito das gentes, na situação de entidade imediata, primariamente constituível por si mesma, em virtude de primeira distribuição de competências” (MIRANDA, 1973).

Já as Federações, “para o direito das gentes, são apenas esferas interiores de competência, criadas pelo Estado, dentro dele, para efeito de direito estatal” (MIRANDA, 1973).

Além da visão de federalismo definido a partir do contexto histórico e político, especial destaque deve ser dado ao modelo de federalismo cooperativo, presente de forma expressa na Constituição Federal de 1988 e que nos interessa de perto na questão da distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo.

Suplantando o dualismo dos poderes enumerados e dos poderes reservados, típico do federalismo clássico, a Carta da República de 1988, acrescentou e desenvolveu, na repartição de competências, a competência comum, de caráter cooperativo, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I a

XII) e a competência concorrente, de natureza legislativa, da União, dos Estados e do Distrito Federal, nela contemplando, entre outras matérias, o direito tributário, o direito financeiro, o direito econômico, o direito urbanístico (art. 24, I), orçamento (art. 24, II), responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII), criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas (art. 24, X), procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), previdência social, proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). No domínio da competência legislativa concorrente, a Constituição limitou a competência da União ao estabelecimento de normas gerais (art. 24, §§ 1º, 2º e 3º), cabendo à União, no campo da competência concorrente, limitar-se a estabelecer normas gerais (Art. 24, §1º, CF/88).

Dúvidas não existem de que o Estado brasileiro é um Estado Federal, melhor dizendo, uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos, já apontados anteriormente, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do modelo clássico de federalismo, que reúne apenas a união dos Estados-Membros, característica do federalismo dual, no Brasil, restou cristalizada uma composição de federalismo que inclui os Municípios como entes de estatura constitucional e dotados de autonomia, sobretudo em questões tributárias, envolvendo a competência para instituir tributos e o direito assegurado constitucionalmente de participar da partilha da receita tributária nos moldes constitucionais (COELHO, 2004).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um tipo de federação de caráter diferenciado, na medida em que exhibe três esferas de poder: a esfera da União; a dos Estados-membros e Distrito Federal e a dos Municípios (PORFÍRIO JÚNIOR, 2004).

Essa característica ímpar do federalismo brasileiro serve de evidência, portanto, não só para demonstrar a sua feição peculiar, mas para tornar evidente que não existe uma única forma determinante de federalismo.

Esse modelo aplicado no Brasil traz, de pronto, um impacto claro na questão da distribuição dos resultados econômicos advindos da exploração do petróleo marítimo no Brasil.

Dentro do escopo que nos importa, o conceito de Estado Federal pode, pois, ser mais bem apreciado quando contrastado com as ideias de Estado Unitário e

Confederação de Estados, mormente quando se pretende trabalhar, no caso brasileiro, dentro de uma visão comparada, a gênese do federalismo brasileiro, tendo na base da discussão o federalismo norte-americano.

Os Estados Unitários não fragmentam em ordens de governo, restando todo o poder político concentrado em um único organismo político, distinguindo-se apenas um só governo, um Legislativo e um só Judiciário (COELHO, 2004).

O mesmo não ocorre com as Confederações e com os Estados Federais, naqueles os Estados continuam autônomos, mas ao mesmo tempo soberanos, unidos em razão de interesses e objetivos, enquanto nestes se observa, ao contrário, uma autonomia e um viés de descentralização legislativa, administrativa, política e judiciária (COELHO, 2004), devendo-se destacar que a faceta da descentralização, muito embora constitua a lógica da discussão em torno do tema, não seja, na verdade, uma característica unicamente presente no federalismo, podendo ocorrer, igualmente, em Estados Unitários (ATHIAS, 2020).

Contudo, urge entendermos como se dá a tal descentralização em Estados Federais, como o nosso, e em que níveis ela opera na prática, destacadamente quando é discutida a temática da distribuição dos royalties marítimos do petróleo, posto que a partilha dessa receita pública patrimonial está condicionada, dentre outros, ao fenômeno da densidade de descentralização pautada no âmbito do federalismo.

Fato é que critérios normativos há muito sedimentados facilitam essa compreensão do fenômeno da descentralização na pauta do federalismo e contribuem para uma melhor tomada de decisão política, que se quer racional e eficiente e que demanda justificação, respeitadas as características intrínsecas de cada Estado (CABRAL, 2018).

Desse modo, o fenômeno da descentralização, no âmbito do federalismo, deve ser enfrentado e constituir a pauta que assegure, em certa medida, o equacionamento das assimetrias entre os seus respectivos entes (CABRAL, 2018).

Em face da natureza interdisciplinar que caracteriza essa discussão não se deve descurar dos critérios teóricos de raiz econômica, que devem estar na base das opções jurídico-políticas a explicar o quando e o porquê descentralizar competências e definir a determinação de receitas, ou seja, que receitas atribuir e os diferentes de decisão impactados e os critérios adotados (CABRAL, 2020), restando claro que todo

este contexto impacta de forma relevante a discussão acerca da distribuição dos royalties do petróleo.

É claro que não existem soluções perfeitas e acabadas, sendo o fenômeno da descentralização em Estados federais um tema sujeito a evolução e aprimoramento contínuo, pois as circunstâncias mudam.

Em outro giro, atentemos que o fenômeno da descentralização não é simplesmente de viés estático, cristalizado, mas dinâmico, construído a partir da ideia de ir encontrando soluções que se adaptem, de forma mais ou menos espontânea, às necessidades da sociedade, encontrando em cada momento e com uma visão pragmática, as respostas adequadas para essas necessidades, elas mesmas igualmente mutáveis (CABRAL, 2020).

Não esqueçamos que o processo de descentralização no campo do federalismo é um processo do tipo 'aprendendo/fazendo', tendo em vista as alterações dos cenários econômicos, políticos, contratuais e jurídicos, apenas citar alguns. Evidente que não se pretende com isso fomentar um clima de insegurança jurídica, mas, ao contrário, ajustar o direito e as soluções jurídicas às novas realidades (CABRAL, 2020).

Mas não há dúvida, porém, que no Brasil, considerado o fato de que as políticas públicas carecem do necessário financiamento e que o papel dos entes federativos, diante da comunidade local, é o de atender os interesses maiores da sociedade e, assim, perseguir os fundamentos e objetivos republicanos, diante de um quadro onde afloram graves problemas econômicos, a quase exaustão dos mecanismos tributários previstos no nosso modelo de federalismo fiscal, resta ressaltada a necessidade de ações pautadas pela solidariedade e prática comunitária.

Essa visão impõe, claramente, quando é discutida a questão dos royalties marítimos do petróleo, posto que vivenciamos no Brasil um sistema constitucionalmente embasado (Art. 20, §1º, CF/88), no qual o nível de decisão superior (União) relaciona-se com os níveis de decisão intermediário (Estados) e inferior (Municípios), a incidência de parâmetros pautados pela solidariedade entre os entes federativos, sem os quais restará comprometido qualquer modelo de federalismo, que antes de tudo há de ser cooperativo e primar pelo tratamento equitativo e isonômico dos seus distintos entes.

Não resta dúvida que a definição conceitual de federalismo, forma de Estado por demais espalhada em todos os continentes e que embora tenha surgido na

América, fincou raízes na Europa, na África, na Ásia e na Oceania, estando presente em, pelo menos 25 países, abrangendo cerca de 40% da população mundial, não é uma empreitada das mais fáceis, tendo em vista que a discriminação da divisão horizontal e vertical de competências torna-se, nesta questão, algo que muda em função das peculiaridades de cada caso (ATHIAS, 2020).

No fundo a história do federalismo brasileiro tem sido o reflexo de movimentos periódicos que deixam claro a predominância do poder central e, ao mesmo tempo, desrespeito às tradições políticas regionais (ANASTASIA, 2015).

Não obstante tenhamos vivenciado momentos de intenso autoritarismo, a nossa República tem se firmado, ao longo do tempo, como instrumento de afirmação federativa (ANASTASIA, 2015).

Apesar, todavia, de uma longa e profícua experiência de organização federativa, fato é que ainda não podemos afirmar que o Brasil tenha encontrado, no mais das vezes, um modelo pacífico e regular de convivência entre o poder central e as entidades federativas nacionais e subnacionais (ARAUJO, 2009).

E de resto fique claro que nenhum modelo estrangeiro será suficiente para dar conta das nossas mazelas, um país de dimensão continental e de grandes diferenças econômicas e sociais entre os entes federativos regionais e locais (ARAUJO, 2009).

A interação harmônica entre os entes federativos somente poderá vir a ser contemplada na medida em que se registre e se assegure a autonomia e consequentes competências para os distintos entes federativos regionais e locais que constituem a República do Brasil.

Resta claro, portanto, que tal mister passa pela integração do papel do Poder Judiciário que atuando em sede de controle de constitucionalidade pode assegurar os limites reitores que permitam aos entes federativos uma convivência razoável e harmônica entre si, fato que até certa medida resta equivocadamente contestada por alguns (ARAUJO, 2009).⁹⁹

Tal questão faz aflorar inúmeros pontos importantes e que se entrelaçam, ao fim e ao cabo, na análise das questões que envolvem a distribuição dos *royalties* advindos da produção *offshore* de petróleo no Brasil, destacando-se como a principal, a possibilidade, sempre presente, da atuação do Poder Judiciário que, no âmbito do

⁹⁹ Extraído do texto de ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Jurisdição constitucional e federação – o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

Supremo Tribunal Federal, exerce função inafastável de retificar as inconstitucionalidades e servir de freio à possíveis invasões, pelos outros poderes, ao direito de propriedade afeto a algum ou alguns dos entes federativos regionais e locais (SANTOS, 2009).

Não podemos olvidar, pois, que o papel do Judiciário está ligado em linha direta com a opção federativa do Estado brasileiro, fato que pode ser constatado, igualmente, em outras nações, como os Estados Unidos e a Áustria, aqui referidas apenas a título de exemplos (SANTOS, 2009).

Caminhemos, pois, com o magistério de Marcelo Labanca (ARAÚJO, 2009), para quem é natural que a história do federalismo brasileiro se confunda com a história do próprio Supremo Tribunal Federal, na medida em que tal Corte teria sido diversas vezes acionada para dirimir conflitos federativos e demarcar “territórios jurídicos” num país onde a diversidade de fontes de produção de atos normativos primários, com a consequente colisão entre elas, torna-se regra e não exceção.¹⁰⁰

É o caso atual do litígio envolvendo os entes federativos nacionais e subnacionais em face da nova modalidade de distribuição dos *royalties* de petróleo trazida à baila pela Lei nº 12.734/2012, cabendo destacar que a princípio e em certa medida não caberia uma intervenção exógena do tema por parte da Corte Suprema (ARAÚJO, 2009)¹⁰¹, posto que a questão foi deixada ao sabor das tratativas no campo político, quando o legislador constituinte de 1988, no artigo 20, §1º, da Carta da República, outorgou a tarefa de definir o modelo de distribuição dos *royalties* à seara política.

O período de vigência da atual Constituição de 1988 configura um dos mais profícuos no campo da interpretação judicial da Constituição (SANTOS, 2009).

Convém destacar esse ponto pois é justamente em cima dessa questão que atualmente reside os destinos da tomada final de posição com relação à manutenção ou não do novo modelo de distribuição dos *royalties* do petróleo resultantes da produção *offshore*, como dispõe a Lei nº 12.734/2012.

Daí a razão da discussão, nesse capítulo próprio, da temática dos *royalties* a partir das considerações levando em conta a sua interface com o campo do federalismo fiscal.

¹⁰⁰ Extraído do texto de ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Jurisdição constitucional e federação – o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

¹⁰¹ Idem

A sistemática da divisão dos resultados econômicos decorrentes dos *royalties* advindos da produção *offshore* de petróleo no Brasil é, convenhamos, uma questão de fundo político, legal e constitucional.

A despeito dos olhares voltados para os campos econômico e político, deve ser confrontada, ademais, com questões de direito e, sobretudo, com foco no tema constitucional do Estado Federal.

Assim, a questão dos *royalties* do petróleo perpassa, pois, pelo modo como se constrói a ideia da convivência equilibrada e isonômica, na prática, dos entes federativos brasileiros regionais e locais (Estados e Municípios).

Partindo-se, dessas premissas, observa-se que a discussão do tema da distribuição dos *royalties* do petróleo da produção *offshore*, como variável política e econômica, sobretudo, termina por ser objeto de uma grande discussão que desborda na questão federal, travada no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal da Federação.

Dentro desse viés, discute-se as demandas trazidas por alguns Estados da Federação (Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo), objetivando enfrentar a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade da atual legislação de regência que normatiza o tema da distribuição dos *royalties* do petróleo (Lei n. 12.734/12), em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas quais o tema federativo vem à tona de modo preponderante.

Espera-se que a decisão que resulte da apreciação das Ações Diretas de Inconstitucionalidades seja dirimida a partir de pontos de vista que resultem de uma análise tendo como centro o federalismo fiscal e que valha-se do conceito de simetria, nos moldes aristotelianos (Aristóteles, 2017)¹⁰², nos quais os entes federativos possam ser tratados de forma equânime e se façam presentes, no encaminhamento de possíveis litígios, os argumentos da justiça distributiva, alcançada pela proporção razoável na distribuição dos bens públicos, como os *royalties* do petróleo, no caso em comento, a saber:

Em todas as disposições de caráter que mencionamos, assim como em todos os demais assuntos, há uma meta correta a visar, na qual o homem, orientado pela razão, fixa o olhar, ora intensificando, ora relaxando a sua atividade no sentido de adotar o meio termo; e há um padrão que determina os estados medianos que dizemos ser os meios-termos entre o excesso e a falta, e que estão em conformidade com a reta razão. (ARISTÓTELES, 2017)

¹⁰² Conforme observações extraídas do texto de Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antonio de Castro Caetano, 2ed., São Paulo, Forense, 2017.

Ou seja, que a questão da distribuição dos royalties do petróleo advindos da produção offshore leve em conta, a partir do formato de federalismo que norteia a República Federativa do Brasil, mantenha preservada uma relação de simetria entre os entes federativos nacionais e subnacionais.

Não se pode olvidar, todavia, que a experiência política e constitucional do Brasil, da Independência até os idos de 1988 configura uma história melancólica de desencontro de um país com sua gente e com seu destino (BARROSO e BARCELOS, 2003), com claras manifestações de ilegitimidade do poder, de falta de efetividade das diversas Cartas Constitucionais e de uma infundável violação de preceitos constitucionais (BARROSO e BARCELOS)¹⁰³.

Novas fórmulas de interpretação constitucional vieram à tona e mesmo sem desprezar o método clássico de cunho subsuntivo de aplicação das regras, nem dos elementos óbvios da hermenêutica tradicional, a saber: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, passando-se a encarar a questão a partir do entendimento de que as normas, especialmente as constitucionais, não se pautavam por um sentido único e objetivo, que pudesse ser validado em quaisquer circunstâncias sobre as quais viessem a serem aplicadas (BARROSO e BARCELOS).

Assim, restou configurada a ideia de que a nova interpretação constitucional passa pela linguagem e se funda em outro viés, no qual deve-se admitir que por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa corrente de exegetas pretende lhe atribuir (BARROSO e BARCELOS)¹⁰⁴

É no âmbito do princípio do federalismo e nos processos que se somam à sua constituição e desenvolvimento de formas federadas de estado que nasce, cresce e se fortalece as exigências de um controle de constitucionalidade, no qual se objetiva tutelar a autoridade da Constituição federal frente as ordens jurídicas parciais dos estados-membros, podendo-se afirmar que o controle de constitucionalidade é

¹⁰³ Conformes observações retiradas do texto de BARROSO, Luis Roberto e BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza, Instituto Albaniza Sarasate, n. 8, jul/dez, 2003.

¹⁰⁴ Idem

consentâneo ao federalismo e a própria nascença da federação, constituindo um dos reclamos do constitucionalismo contemporâneo (ESPÍNDOLA, 2008).¹⁰⁵

A análise do princípio do federalismo se torna, pois, muito cara e relevante no contexto da discussão envolvendo a distribuição dos *royalties* do petróleo *offshore*, mesmo tendo a clara percepção de que definir de forma objetiva e completa tal princípio não é uma tarefa das mais simples e nem algo circunscrito ao Estado brasileiro, podendo-se apontar como exemplos desse mecanismo de tratamento jurídico, político, tributário, financeiro e econômico vários exemplos, tais como: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Estados Unidos e Nigéria, dentre outros.

O viés da análise da distribuição dos *royalties* do petróleo pela via da solução em sede do federalismo é algo que faz aflorar um modo de integração de grupos distintos dentro de uma sociedade plural e heterogênea, convergente para a definição de uma política única, trazendo à baila o apaziguamento das pressões em torno do binômio unidade-diversidade.

Para muitos o federalismo seria um modo de estado descentralizado politicamente e que conseguiria arrematar a dita diversidade entre os entes federados em uma unidade, sendo, assim, uma excelente forma de preservar as assimetrias, de toda ordem, existentes e presentes entre os distintos entes federados (ARAÚJO, 2009)¹⁰⁶, sendo por essa razão, um elemento de vital importância na análise da questão objeto dessa presente tese de doutorado, sem contudo pretender de forma açodada e aprioristicamente entender a ideia de federalismo como sendo a melhor forma de Estado para assegurar a manutenção de diversidades em torno de uma unidade.

A análise do federalismo fiscal, no Brasil, tomando-se tal enfoque como um dos elementos configuradores do formato da distribuição dos resultados econômicos dos *royalties* advindos da produção *offshore* de petróleo e gás natural, pode, claramente, a depender do mecanismo adotado, nos levar para um modelo de federalismo simétrico ou assimétrico, com as repercussões que lhes são próprias, comprometendo

¹⁰⁵ Conforme ensino e magistério de Ruy Samuel Espíndola. Jurisdição Constitucional Estadual: Notas para compreender sua problemática no âmbito da federação brasileira. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza, Instituto Albaniza Sarasate, n. 8, jan/jun, 2008.

¹⁰⁶ Conforme o magistério de ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 9.

em certa medida os rumos constitucionalmente predicados pela legislador constituinte de 1988, para a formatação da República Federativa brasileira, constituída em Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, destacamos o magistério de (IKEIN e ANIGBOH, 1998)¹⁰⁷

A federal solution has often been sought as a way to integrate diverse groups in a pluralistic and heterogeneous society into a single polity, while maintaining their independent identities at the same time. This attempt at bringing about a sort of equilibrium between the pressures for unity and diversity is being made by political leaders in such countries with diverse elements as in the United States, India, and a host of former British and other European colonies in the Developing World. (IKLEIN; ANIGBOH, 1998)

É de se notar que mesmo diante de padrões de federalismo melhor bem-sucedidos, os limites de poder entre as unidades políticas não são claramente delineados (IKEIN e ANIGBOH, 1998).¹⁰⁸

Fato é que na esfera do Estado Democrático de Direito, que é o nosso caso, o controle de constitucionalidade, na atualidade, ocupa-se com a tutela da ordem constitucional objetiva, com a tutela da supremacia e efetividade das normas constitucionais, sobretudo diante de movimentos desviantes do Legislador em face de direitos contrariados dos entes federativos nacionais e subnacionais, temática que afeta de pronto a questão do novo regime de distribuição dos *royalties* advindos da produção *offshore* de petróleo.¹⁰⁹

Em sistemas federativos desenvolvidos, Brasil, inclusive, tendo em vista um sem número de circunstâncias econômicas, históricas e políticas, o mecanismo adotado para a distribuição dos resultados econômicos oriundos de atividades como o petróleo, passa primordialmente pelo poder central, para, posteriormente, ser dividido, segundo os critérios legais, entre os diferentes entes federativos, respeitadas as principais balizas do federalismo fiscal – equidade e eficiência, de tal sorte que os objetivos das políticas fiscais sejam atingidos e promova-se o mais amplo desenvolvimento regional e nacional (IKEIN e ANIGBOH, 1998).

¹⁰⁷ Conforme registros de IKEIN, A Augustine e ANIGBOH, Comfort Briggs. Oil and Fiscal Federalism in Nigeria – The political economy of resources allocation in a developing country. The making of modern Africa. England, Ashgate Publishing Limited, 1998.

¹⁰⁸ Idem

¹⁰⁹ Conforme ensino e magistério de Ruy Samuel Espíndola. Jurisdição Constitucional Estadual: Notas para compreender sua problemática no âmbito da federação brasileira. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza, Instituto Albaniza Sarasate, n. 8, jan/jun, 2008.

Ao estabelecer no §1º, do Artigo 20, da Constituição Federal os direitos dos entes federativos nacionais e subnacionais a exercerem na prática o direito subjetivo aos *royalties* do petróleo a partir da produção nos seus territórios e até mesmo quando essa produção advier de atividades desenvolvidas no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, seja no formato da compensação ou no da participação no resultado, delegando ao legislador federal infraconstitucional o dever de legislar tal matéria, deixando claro de quem, o como, o quanto e em que situações os *royalties* são devidos, performando, assim, a própria estrutura exigida dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, caráter perfilhado pelo legislador constituinte de 1988, ao definir a Carta da República, compõe-se o desiderato do Federalismo em sua essência.

A forma como se estabeleça a distribuição dos *royalties* do petróleo, decorrente da produção *offshore*, poderá ter o condão, mais ou menos acentuado, de vir a alterar, quem sabe, o pacto federativo, de índole cooperativa, podendo comprometer princípios constitucionais que são caros e que trilham a senda prospectiva do desenvolvimento nacional, cuja percepção não pode estar ligada tão somente ao critério do aumento do Produto Nacional Bruto, mas deve estar fincada na ideia das liberdades individuais, meio para a avaliação do êxito de uma determinada sociedade, como entende Amartya Sen (SEN, 2011), e a redução das desigualdades sociais, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

3.5. CONCLUSÕES

- a) o tema do federalismo sofre impacto e em certa medida é afrontado, quando são tratadas as questões acerca da distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo e gás natural, envolvendo as áreas do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva no Brasil;
- b) os dados numéricos dos quantitativos resultantes da distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo no Brasil, atestam, claramente e por si só, a concentração das rendas oriundas da produção *offshore* de óleo e gás natural, restando nítido um desequilíbrio no critério isonômico, com o conseqüente comprometimento do pacto federativo;

- c) resta clara a ideia de que a análise da questão federal passa pela apreciação da temática dos valores, regras e princípios, elementos indispensáveis para alicerçar a justa, racional e razoável aplicação da lei;
- d) nesse sentido, a discussão do tema dos *royalties* marítimos do petróleo demanda uma óbvia abordagem de interdependência com a questão do federalismo, a partir da qual aflora a necessária contextualização com a divisão de poderes entre os entes federativos subnacionais e locais, que envolve, sem dúvida, todo um mecanismo de tensões, que passa a existir na medida em que não são respeitadas as balizas federativas, que constituem o norte maior do Estado Democrático de Direito, segundo define a Constituição Federal de 1988, no Brasil;
- e) mormente em situações nas quais o aspecto federal se mostra definido a partir do estabelecimento de múltiplas camadas de poderes e distribuição de competências, se faz necessário analisar e interpretar os comandos constitucionais, que no caso em comento, no Brasil, referente ao tema dos *royalties* do petróleo e gás natural, são expressos, como é o caso do disposto no Art. 20, § 1º da nossa Carta da República de 1988;
- f) muito embora o dispositivo do Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988 seja resultado da atuação do legislador constituinte derivado, quando já eram conhecidas as bases de atuação da indústria do petróleo, restou definido o direito subjetivo de Estados e Municípios relativos aos *royalties*, deixando-se, todavia, o detalhamento desse direito a cargo do legislador ordinário;
- g) muito embora as definições no âmbito constitucional, relativas à exploração de petróleo e gás natural, mormente no que diz respeito aos resultados econômicos da exploração no ambiente marinho, importem em muito, a temática constitucional é apenas uma parte de um longo encadeamento de interesses, disputas e tensões, envolvendo os entes federativos subnacionais e locais;
- h) em face do critério de definição da titularidade dominial dos bens naturais, incluindo aqui o petróleo e o gás natural, ambos propriedade da União, por força de disposição constitucional e, sobretudo, pelo fato de que no ambiente do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva os Estados e Municípios não exercem nenhuma posição territorial, os resultados econômicos da exploração de petróleo, consideradas as situações envolvendo

12 (doze) modelos federativos (Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, Índia, Malásia, México, Nigéria, Paquistão, Rússia, Estados Unidos e Venezuela) são federalizados, a exceção do Brasil, onde prevalece um sistema de distribuição que envolve os entes federativos subnacionais e locais;

i) assim, no Brasil, a União é proprietária, legisla, regula e controla a exploração de petróleo e gás, inclusive a marítima, mas os Estados e Municípios são detentores do direito subjetivo à percepção de parcela dos royalties da produção, muito embora, a prevalecer a redação originária da Lei 12.374/2012, a partilha dos resultados econômicos da exploração venha aquinhoar a todos os entes federativos, levando em conta os mecanismos de distribuição direta e indireta, calcada essa última com base no Fundo Social da União.

CAPÍTULO 4. CONDICIONANTES DA DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

SUMÁRIO: 4.1. Distribuição dos *royalties* do petróleo e o contexto tributário; 4.2. Distribuição dos *royalties* do petróleo e a análise econômica do direito; 4.3. Distribuição dos *royalties* do petróleo e a justiça distributiva intergeracional; 4.4. Conclusões.

Após caminhar pelas sendas dos aspectos econômicos, políticos e jurídicos relativos à questão dos *royalties* marítimos do petróleo e gás natural e, bem assim, enfrentar a discussão que envolve a temática da evolução legislativa referente ao petróleo, sua natureza jurídica e a análise da discussão dos princípios, regras e valores, com destaque para a questão envolvendo o federalismo fiscal e as tensões entre os entes federativos subnacionais e locais, daí decorrentes, passa-se, agora, a enfrentar a questão da distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural a partir de um olhar que se volta para a área tributária e, igualmente, para a análise econômica do direito e, sobretudo, para a justiça distributiva intergeracional enquanto princípio e valor fundamental para o entendimento do tema objeto da presente tese de doutorado.

Alguns condicionantes da distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo e gás natural, de natureza tributária, econômica e focados no tratamento equitativo e distributivo intergeracional, podem ser destacados, permitindo, pois, olhares diferenciados sobre o tema, razão maior dessa parte de nossa tese aqui exposta.

O presente capítulo visa analisar os critérios de modulação da questão dos *royalties* marítimos do petróleo e gás natural, segundo uma análise que contemple em um primeiro momento o viés tributário, com foco na política do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviço), realce, de igual modo, o papel da análise econômica do direito nesse contexto e destaque, finalmente, a importância da justiça distributiva intergeracional na configuração do mecanismo de distribuição dos resultados econômicos derivados da exploração do petróleo e gás natural, mormente no campo dos *royalties*, temas indispensáveis para a configuração, nessa seara, dos

padrões de justiça que se requer presentes em um Estado Democrático de Direito, pautado pela ótica do Federalismo e diante da natureza finita e não-renovável desses recursos naturais.

4.1. DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E O CONTEXTO TRIBUTÁRIO

A questão dos *royalties* do petróleo, sobretudo quando relacionado com a produção *offshore*, e à luz do que foi definido pelo legislador constituinte originário de 1988, no Brasil, tem, **em certa medida**, muito a ver com o tema tributário, sobretudo no campo do regime fiscal do ICMS, consideradas as operações interestaduais de petróleo e seus derivados.

Muito embora não sejam receitas derivadas, segundo o escopo classificatório do direito financeiro e tributário, a questão dos *royalties* do petróleo configura tema importante e necessário se faz aqui analisar, de alguma forma, as consequências advindas do regime fiscal do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviço), sobretudo quando é trazida à baila a temática da norma jurídica-tributária, configurada no Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal de 1988.

Convém, pois, nesse contexto, tratar a questão da norma constitucional tributária, do Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 155

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

.....

.....

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....

.....

X – não incidirá:

.....

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (BRASIL, 1988)

O dispositivo constitucional supracitado retrataria uma imunidade nas opiniões de Sacha Calmon Navarro Coêlho (COÊLHO, 2006), Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2002), Heleno Taveira Torres (Torres, 2012) e Fernando Facury Scaff (SCAFF, 2008), uma imunidade objetiva na concepção de Roque Antonio Carrazza (CARRAZZA, 2007), ou, ainda, uma imunidade técnica, no entendimento de Luis Eduardo Schoueri (SCHOUERI, 2013), a despeito de entendimentos divergentes que podem ser apontados no campo doutrinário, como é o caso da posição assumida pelo jurista Marco Aurélio Greco (GRECO, 2006), que adota o entendimento que finda por alterar, no presente caso, a regra da cobrança do ICMS na origem, para o sistema de cobrança no destino, dado que é, inclusive, corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, por razões que iremos, ainda, explorar na continuidade da discussão encetada mais adiante, neste mesmo capítulo dessa tese de doutorado.

Na discussão acerca da questão dos *royalties* marítimos do petróleo e gás natural, há que se analisar, contudo, a previsão do dispositivo constitucional do Art. 155, § 2º, X, b, retro mencionado, levando-se em conta, igualmente, a norma mitigadora do Art. 155, § 2º, XII, h, que traz à baila a figura da lei complementar, a saber:

Constituição Federal de 1988

Art. 155

.....

§ 2º

XII – cabe à lei complementar:

a)

.....

i) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (BRASIL, 1988)

A norma do dispositivo constitucional do Art. 155, § 2º, X, b da Carta da República de 1988 é clara ao definir que não há incidência do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) nas operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, seja qual for a sua destinação, devendo o tributo ser recolhido integralmente ao Estado onde ocorrer o consumo do produto, conforme explicita o Art. 155, § 4º, I, da Constituição Federal, complementando, em parte, o disposto no Art. 155, § 2º, XII, h, a saber:

Art. 155

.....

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

I. nas operações com os lubrificantes combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo; (BRASIL, 1988)

Em face do estipulado nos dispositivos constitucionais acima referidos, mormente o disposto no Art. 155, § 2º, XII, h, e atendendo, bem assim, as exigências expressas da Carta da República de 1988, a Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996, dispõe no seu Art. 2º, § 1º, o seguinte:

Art. 2º O imposto incide sobre:

.....

§ 1º O imposto incide também:

.....

III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. (BRASIL, 1996)

Em que pese a possibilidade da substituição tributária prevista no Art. 9º da Lei Complementar 87/1996, fato é que, sem dúvida, o ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) incide nas operações interestaduais de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, devendo-se observar, tão somente, a questão do regime de sua cobrança, que atendendo preceito constitucional expresso, caberá ao Estado onde estiver situado o adquirente.

Dito de outra forma, resta claro que o ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) incide nas operações interestaduais destinados ao consumidor final, ou seja, quando não destinados à comercialização ou a industrialização.

O benefício fiscal estipulado no Art. 155, § 2º, X, b, não foi, contudo, instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) sobre ele incidente, desde a remessa até o consumo.

É, inclusive, o que se deduz, para fins de registro, do magistério de Marco Aurélio Greco (GRECO, 2006), a saber:

..... a não incidência do Art. 2º, inciso X, b da Constituição Federal de 1988, não é uma não incidência desonerativa (como pretendem os contribuintes), mas uma não incidência meramente deslocadora da cobrança para o Estado do destino, (GRECO, 2006)

O teor do dispositivo constitucional do Art. 155, Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal estabelece, portanto, uma norma de não incidência que afasta a competência do Estado de origem para tributar as operações interestaduais de petróleo, em face das operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

Mas o importante, diante de todas essas considerações, é aferir qual o papel que teria toda essa discussão acerca do regime fiscal do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços), no âmbito das operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, no tocante à temática da distribuição dos *royalties* do petróleo, sobretudo os oriundos da produção marítima de óleo e gás natural, nas áreas do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

Qual a ligação, então, que o tema tributário até aqui exposto poderia descortinar em face da questão dos *royalties* do petróleo?

Vejamos, pois, o que se pode construir nesse tema a partir das considerações definidas no bojo das discussões travadas no âmbito da Constituinte de 1988.

É de se observar, que por ocasião da Constituinte de 1988, o que se tinha no tocante à política de cobrança do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) era uma discussão aberta sobre se a cobrança deste tributo seria definida pelo critério da cobrança na origem ou no destino (MUSSI, 2005).

Restou definido, todavia, como regra geral, que o regime de cobrança do ICMS deveria ser pautado pelo critério da cobrança na origem.

Contudo, surgiu na época a discussão envolvendo o petróleo, aflorando, daí, a questão da cobrança do ICMS sobre as operações envolvendo esse bem natural e, bem assim, as divergências acerca da distribuição dos *royalties* decorrentes da

produção de óleo e gás natural, que a depender do modelo adotado e as circunstâncias envolvidas poderia atender de maneira desproporcional os interesses dos Estados e Municípios, assegurados, enquanto direito subjetivo, constitucionalmente qualificados, tanto na exploração continental, como na exploração *offshore*, pela norma do Art. 20, § 1º da Constituição Federal, até então, em nítido processo de construção no bojo da constituinte de 1988 (SCAFF, 2015).

Na verdade, mantido o mecanismo da tributação do ICMS na origem, sobretudo envolvendo aquelas operações interestaduais de óleo, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, aliado à questão da distribuição dos *royalties* do petróleo, restaria configurado às claras o comprometimento do pacto federativo e o prejuízo dos Estados que não se enquadrassem na condição de produtores ou afetados, nos termos dispostos pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97).

No fundo, veio à tona, portanto, a sistemática do regime especial do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços), alterando, no caso constitucionalmente previsto do Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal, a cobrança do tributo, da origem para o destino, contrariamente ao que estava previsto como regra geral, no campo dessa exação tributária, tendo, em tese, tal modificação criado uma espécie de compensação na esfera dos *royalties* do petróleo, beneficiando, assim, os Estados e Municípios, que abrindo mão da receita tributária do ICMS, em face das operações interestaduais envolvendo petróleo e combustíveis, que lhes seria normalmente devida, passaram a receber, em troca, os resultados econômicos resultantes da exploração do petróleo na forma de *royalties* (MUSSI, 2005).

Tratou-se, aqui, de uma opção política do legislador constituinte originário de 1988.

Tal observação se depreende do depoimento do então parlamentar Nelson Jobim, guindado posteriormente à condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a imunidade constitucional da operação que restou configurada no Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal de 1988, teria sido uma forma engendrada pelo constituinte de 1988 para transferir o ICMS sobre as operações com o produto do Estado produtor (de origem) para o Estado consumidor (de destino), em troca da percepção dos *royalties* do petróleo, como bem expõe Leonardo Mussi da Silva (MUSSI, 2005).

Cabe destacar que se tivesse sido mantido o modelo de cobrança do ICMS na origem, como define a regra geral, poderia ter restado configurado, em dado momento, um duplo benefício para os Estados produtores de óleo ou que se enquadrassem na condição geográfica de confrontantes às áreas de produção marinha de petróleo e, por distribuição indireta, os próprios Municípios, envolvidos em certa medida com a questão da produção do petróleo e o gás natural, a saber: (1) a percepção do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços), considerada a possibilidade da sua cobrança pelos Estados, atendendo à norma de competência do Art. 155, II da Constituição Federal de 1988, envolvendo as operações de circulação de mercadorias, resultantes, no ponto, da produção/extração/medição de petróleo e gás natural e, ainda, (2) o recebimento dos *royalties* decorrentes da produção de óleo e gás natural, nas áreas de seu domínio próprio e, bem assim, nas áreas do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

A forma engenhosa para compatibilizar a previsão constitucional da definição do direito subjetivo dos entes federativos subnacionais e locais à percepção dos *royalties*, nos formatos da “participação no resultado da exploração” e na “compensação pela exploração”, antecipado pela norma do Art. 20, § 1º, da Carta da República e regulamentado pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) e posteriormente pela Lei do Pré-sal (Lei nº 12.351/2010) em favor dos Estados e Municípios produtores e confrontantes, iluminando o tema com uma luz mais avantajada de isonomia e equidade, foi, sem dúvida, importante no desenvolvimento teórico da questão dos *royalties* advindos da exploração de óleo e gás natural, sobretudo na área *offshore*.

Considerado o formato federativo do Estado brasileiro, os direitos paritários dos entes federativos subnacionais e locais, como um todo, e a autonomia econômica que se requer seja preservada, para fins do atendimento ao equilíbrio federativo, a solução engendrada pelo legislador constituinte originário foi a de adotar, como opção política, pontualmente considerada, o regime de cobrança do ICMS no destino, no caso particular das operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, tendo sido gerada, assim, a conhecida cláusula constitucional do Art. 155, § 2º, X, b da Carta da República de 1988.

Em outras palavras, restou definido que o ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) não incidiria sobre operações que destinassem a outros Estados, petróleo, lubrificantes e combustíveis, adotando-se, na prática a incidência

do ICMS no destino, ao invés da cobrança na origem, como estabelece a regra geral, no tema em comento.

Com isso, analisada a questão do petróleo, restou estabelecido um sistema de “compensação” pela perda do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) na origem, pelos Estados produtores de petróleo, agora impactados pela regra de cobrança do referido tributo no destino e que passaram a receber, “em troca”, os valores referentes aos *royalties* advindos da produção de óleo e gás, repercutindo, inclusive, nos moldes da sua exploração marítima.

A compensação retromencionada teria configurado, segundo a *obter dictum* do então parlamentar Nelson Jobim, ao analisar, já na condição de Ministro do STF (Supremo Tribunal Federal), o Mandado de Segurança 24.312 de 19 de fevereiro de 2002, a razão para tal ajuste, levando-se em conta a questão da exploração do petróleo, a saber:

Mandado de Segurança. Ato concreto. Cabimento. Exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural. Participação, em seu resultado, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Constituição Federal, Art. 20, § 1º. Competência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro para a fiscalização da aplicação dos recursos oriundos desta exploração no território fluminense.

(....)

2- Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, Art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF Art. 20, § 1º).

Daí por que preciso ler o § 1º do Art. 20, em combinação com o inciso X do Art. 155, ambos da Constituição Federal.

O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre as operações que destinassem a outros Estados – petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica -, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS. (STJ, 2002)

Esse novo tratamento excepcional para a cobrança do ICMS nas operações interestaduais de petróleo (no destino), fugindo à regra geral da cobrança do ICMS na origem, alçado ao patamar constitucional, constituiu uma das bases da argumentação que foi levada à baila nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (a exemplo da ADI 4917/RJ) e que aguardam, ainda, a manifestação do Plenário da Corte, em face da Lei nº 12.734/2012, pelos Estados produtores de petróleo, no sentido de ver mantido o regime de distribuição de *royalties* da lei anterior (Lei nº 12.351/2010), que lhes é mais favorável.

Alegam os Estados produtores que não podem vir a ser prejudicados pelas definições trazidas pela nova sistemática da Lei nº 12.734/2012.

Inaceitável, por outro lado, admitir como razoável a troca das receitas de ICMS pelas receitas de *royalties*, considerado que somente no ano de 2010, as receitas derivadas das atividades com petróleo e gás natural movimentou um montante de mais de 528 bilhões de Reais e que representa mais de 2 vezes o PIB conjunto dos Estados do Acre, Amapá, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, conforme consta do Informativo do IBP (Instituto Brasileiro do Petróleo), veiculado por ocasião do Seminário RIO/2020, que reuniu inúmeros atores do setor do petróleo.

Considerados os números, de um lado o volume dos *royalties* do petróleo e de outro as receitas do ICMS advindas do regime especial da cobrança no destino, estipulado no Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal, é, pois, a princípio, totalmente descabido, considerar a tese da troca desses valores, subsidiada em mera assertiva fundada em uma manifestação com caráter de *obiter dictum*, como a que foi sustentada pelo Ministro Nelson Jobim, aqui já comentada, sob pena de ferir de morte o equilíbrio federativo, não que desconheçamos os desvios e mazelas que o sistema federativo brasileiro comporta, como se observa a título de exemplo no campo tributário, no qual ocorre, de fato, uma importante concentração de recursos na esfera federal, que, inclusive, tem à sua disposição o mecanismo de espécie tributárias que não são partilhadas, como é o caso das contribuições.

A simples troca de receitas dessa magnitude não seria nada razoável, havendo que se restaurar o equilíbrio federativo, de algum modo, a permanecer o quadro de distribuição previsto na Lei nº 12.351/2010.

Não foi sem motivo, pois, que o legislador infraconstitucional, deixando de lado o critério da *mens legislatoris* trazido à baila pelo *obiter dictum* do Ministro Nelson Jobim acima referido, decidiu, mais uma vez, promover a alteração da sistemática e parâmetros, visando definir uma nova política de distribuição dos *royalties* do petróleo, consubstanciada na Lei nº 12.734/2012, ora com a sua constitucionalidade questionada e com os seus principais artigos suspensos nos seus efeitos, em face de medida cautelar proferida no bojo da ADI 4917 em curso no Supremo Tribunal Federal.

Mesmo aceitando o fato de que o mecanismo da distribuição dos recursos dos *royalties*, a serem destinados aos Estados produtores e não-produtores, teria surgido de uma decisão visando estabelecer uma forma de compensação no sentido de atender os interesses desses dois grupos de Estados, a adoção de nova regra na qual

o ICMS não incidiria sobre as operações que destinassem petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados a outros Estados, entendida como uma acomodação de natureza política o preceito disposto no Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal, **não se pode pretender que ela seja um impeditivo imutável**, limitando a atuação do legislador infraconstitucional, diante de novas circunstâncias, como por exemplo a exploração e desenvolvimento das reservas do ambiente do pré-sal, alterar o quadro legislativo, trazendo à baila um novo modelo de distribuição de *royalties*, como fez o legislador infraconstitucional, por meio da Lei nº 12.734/2012.

Diante de tudo isso, não se pode pretender dar uma interpretação extensiva ao preceito constitucional do Art. 20, § 1º da Constituição Federal introduzindo palavras que não constam no texto, tentativa que não encontra guarida nem mesmo por meio de uma interpretação literal do dispositivo, nem tampouco entender que o disposto no Art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal constitua um impeditivo permanente para possíveis alterações no regime de *royalties*, que sem ferir o texto constitucional proporcione um novo modelo que leve em conta o equilíbrio do pacto federativo e os interesses das gerações futuras em face da exploração atual de petróleo e gás natural, tendo em vista, sobretudo, o caráter finito e não renovável das reservas deste bem mineral de propriedade da União.

Ao dispor no Art. 20, § 1º da Constituição Federal que

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 e gás natural, de recursos hídricos para 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. (BRASIL, 1988)

O legislador constitucional define vários pontos que merecem toda a atenção do intérprete. É mister, pois, atentar para as seguintes observações, a saber:

- 1- nos termos dispostos em sede constitucional, resta caracterizado o direito subjetivo dos entes federativos subnacionais e locais à percepção dos *royalties* da exploração do petróleo;

2- tal direito subjetivo predicado pelo legislador constituinte originário de 1988, no bojo do Art. 20, § 1º da Carta da República, não constitui um monopólio dos Estados, ditos produtores, salvo quando a exploração se der nos seus próprios territórios (caso da exploração continental), mas não no caso de a exploração ocorrer no ambiente marinho do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

3- resta clara a definição de dois sítios de exploração, um continental no qual os Estados e Municípios exercem plenos direitos, já que a produção é obtida a partir de situações desenvolvidas em **território próprio** desses entes e um outro marítimo, no qual a parcela destinada aos entes subnacionais e locais é definida pela regra do legislador infraconstitucional (Lei nº 12.734/2012) e tomando em conta o critério da projeção geodésica dos seus limites territoriais nos ambientes marítimos do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, pois nesta condição predomina o domínio da União;

4- Não se deduz do Arts. 20, § 1º e 155, § 2º, X, b, ambos da Carta da República, uma necessária vinculação, mesmo quando se pretenda resvalar para uma interpretação sistemática na busca da definição de um argumento compensatório para a elucidação do pretense direito subjetivo dos Estados, ditos produtores, mormente, repito, quando a exploração ocorrer no ambiente marinho do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva.

Portanto, os que jogam com a tal vinculação necessária entre os dispositivos constitucionais antes referidos, dos Arts. 20, § 1º e 155, § 2º, X, b, ajustam as suas posições na trilha de uma interpretação sistemática, à luz da concepção de que o direito não se interpreta em tiras (GRAU, 2002), tomando como base, contudo, a ideia alicerçada em uma *obiter dictum* confirmada pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do Mandado de Segurança 24.312/DF, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, no Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal) aqui já destacado.

No fundo, antes de se promover uma interpretação sistemática que, no dizer de Eros Grau (GRAU, 2002), deveria impor, em qualquer circunstância, ao intérprete, o caminhar pela trilha que se projeta a partir do texto até à Constituição, destacou-se,

todavia, uma clara interpretação histórica e com base na *mens legislatoris*, o que se deduz de vários julgados do STF (Supremo Tribunal Federal), em especial o Mandado de Segurança 24.312/DF e o Recurso Extraordinário 198.089, onde a abordagem do STF seguiu pelas sendas dos argumentos aqui apontados e que, no mínimo, **são criticáveis**, já que as bases interpretativas deveriam estar fundadas na legislação e não em balizas históricas e fundadas na *mens legislatoris*.

4.2. DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A política de *royalties* tem se constituído em um dos elementos fundamentais da remuneração dos Estados nacionais em face da exploração das suas reservas de petróleo por parte das empresas estrangeiras, independentemente do formato contratual utilizado.

Nesse sentido, as questões que envolvem a produção de petróleo e, sobretudo, os ganhos que os países detentores de reservas podem obter a partir da exploração de seus estoques naturais, mediante a apropriação de *royalties* sobre a produção, é um tema ligado a uma discussão que deve ter por pano de fundo as balizas do direito econômico.

Assim sendo, o principal enfoque dessa discussão sobre os *royalties* derivados da produção de petróleo, sobretudo quando a exploração se dá na área da plataforma continental, como o caso brasileiro do pré-sal e, mais ainda, quando a questão envolve a temática do federalismo, deveria estar no mercado, entendido, dentre tantas formas conceituais, como uma unidade autônoma, na qual o direito atua como um elemento moderador das externalidades diante das falhas do sistema e do custo social (COASE, 2016).¹¹⁰

A partir desse enfoque e pautado pelas balizas da análise econômica do direito, a questão dos *royalties* deve ser encarada a partir de uma construção teórica, na qual as normas de direito utilizadas para regular a questão temática tenham como fio condutor as pressões advindas da sociedade para a composição da norma e não

¹¹⁰ As externalidades e falhas do sistema, bem como a questão do custo social destacadas na obra de Coase (2016), representa um claro ponto de partida para as análises do tema relativo ao regime de partilha dos *royalties* da produção *offshore* de petróleo.

como um resultado que se instale a partir de conclusões movidas em sentido contrário, qual seja, da composição da norma para a sociedade.

Essa seria, de fato, a abordagem mais adequada a ser construída a partir do direito econômico, a saber, um enfoque (NASCIMENTO, 2015):

que representa uma posição alternativa à teoria sociológica marxista e a visão funcionalista. Constitui uma orientação teórica voltada à atuação, muito mais que a compreensão do papel do direito na sociedade. Não se quer ofertar uma teoria do direito, quer sim, melhorar seu agir a partir das condições econômicas dadas, isto é, a partir de uma visão da microeconomia. Diante disso, insere novos parâmetros e variáveis para técnica do direito: oportunidade, eficiência, adequação, visualização das consequências sociais das normas e da decisão judicial.¹¹¹ (NASCIMENTO, 2016)

A questão da política dos *royalties* sobre a produção de petróleo pode ser discutida a partir da percepção de que mais relevante do que os resultados obtidos com a exploração, torna-se mais destacada, ainda, a importância da distribuição dada aos resultados econômicos obtidos com os *royalties*, sobretudo aqueles decorrentes de situações que envolvam Estados Federais, como é o caso brasileiro.

Em sede de uma análise crítica sobre a temática aqui discutida, cabe apreciar, desde logo, no presente trabalho, ao lado de considerações relativas ao regime jurídico do setor do petróleo, o problema do regime fiscal aplicável ao tema e a discussão, de forma particularizada, acerca da questão da partilha dos *royalties* do petróleo, decorrentes das atividades desenvolvidas na área da plataforma continental e sua repercussão, na definição do equilíbrio federativo, um dos marcos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹¹²

O cerne da discussão acerca da aplicação dos resultados econômicos oriundos da produção de petróleo *offshore* no Brasil deveria estar atado à incessante busca da redução das desigualdades, da diminuição da pobreza, objetivando como finalidade a promoção da justiça social, elementos destacados na Carta da República do Brasil de 1988 e que na visão de Amartya Sen (SEN, 2011) visa aumentar as capacidades das pessoas e promover, com isso, melhores oportunidades econômicas e sociais, reais reflexos do crescimento econômico.

¹¹¹ Em sua obra, Nascimento (2016) destaca a forma mais adequada de sintonizar as questões da análise dos principais temas de direito, ressaltando pontos que são de grande importância no processo de análise do tema desse nosso trabalho, no campo do regime de partilha dos *royalties* de petróleo *offshore*.

¹¹² Convém analisar os detalhes que norteiam a forma, os fundamentos e os objetivos da República do Brasil, elementos definidos nos Artigos. 1º e 3º, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

A partir dessas indagações, cabe questionar se o modelo de regência do setor de petróleo, previsto na recente Lei nº 12.734/12, recém introduzida no ordenamento jurídico brasileiro e que passou a adotar um novo regime de partilha dos resultados da exploração de óleo, contemplando todos os entes federados, reduzindo, drasticamente, os privilégios até então garantidos pela legislação anterior (Leis nºs 9.478/97 e 12.351/10) aos entes federativos produtores, pode provocar o comprometimento do equilíbrio federativo e expor a perigo os objetivos do Estado, propostos na Carta da República de 1988.

Importa indagar, ainda, se a divisão pura e simples dos *royalties*, oriundos da exploração de óleo no ambiente da plataforma continental brasileira, envolvendo todos os entes federados, como previsto pela recente Lei nº 12.734/12, configuraria a melhor opção para preservar um modelo de federalismo fundado em padrões de justiça e voltado a atingir o desenvolvimento e crescimento econômico que se pretende obter a partir da exploração de petróleo no ambiente da plataforma continental.

A questão dos *royalties* e sua distribuição envolvendo os diversos entes de um Estado Federal, em detrimento de outros, desperta a atenção no sentido de termos que enfrentar e aferir os limites de atuação do Poder Judiciário nas decisões que visem à apreciação e análise de argumentos de cunho prevalentemente econômicos.

Por fim, cabe avaliar a matéria de direito e a partir dela perquirir acerca de qual seria a alternativa capaz de equilibrar os interesses públicos, de um lado, e os interesses sociais, de outro, levando em conta a partilha dos resultados fiscais auferidos com a exploração de petróleo na plataforma continental do Brasil.

Estas questões preliminares e percucientes sobre o tema, dão o indicador e a dimensão da importância da questão aqui apontada e sua repercussão, não apenas no campo fiscal, mas, sobretudo, no que diz respeito ao seu desdobramento e impacto no campo do equilíbrio federativo.

A observação de todas essas nuances, acima referidas, aliado aos novos parâmetros de partilha dos *royalties* do petróleo *offshore* no Brasil, segundo as regras da novel Lei nº 12.734/12, na qual ficou estabelecido uma ampliação dos critérios de divisão, passando a incorporar todos os entes federados e não apenas os Estados

produtores e os Municípios confrontantes, permite, a princípio, considerar como justa a propositura de divisão isonômica dos *royalties* do petróleo *offshore*.

Tememos, porém, que a divisão proposta pela Lei nº 12.734/12¹¹³, e que altera os marcos da distribuição dos *royalties* do petróleo *offshore* entre os entes federativos, modificando as regras que previam uma concentração exagerada e desproporcional dos *royalties* entre os Estados produtores e Municípios confrontantes, passando a adotar um mecanismo mais isonômico e, portanto, mais justo, não reúna as forças necessárias para a implementação do desenvolvimento econômico pretendido, em que pese o fato de que todas essas manifestações reunidas, a princípio justas, possam parecer suficientes para a promoção do crescimento econômico.

Mas esse é uma discussão que extrapola os limites desse trabalho, tendo sido citado neste momento apenas a título de provocação.

Pode não ser isso o que venha a ser obtido, pois, na prática, a simples geração dos *royalties* oriundos da produção *offshore* de petróleo no Brasil, e sua divisão entre os entes federados podem não apontar, por si só, para o desenvolvimento econômico da nação, dentro daquilo que constitui a visão de promoção de liberdades individuais, destacadas pela teoria desenvolvida por Amartya Sen (SEN, 2011), antes mencionada.

Em outras palavras, e em resumo, *royalties* produzidos e devidamente distribuídos em face dos distintos entes federativos, não representa, por si só, garantia de incremento de desenvolvimento econômico, exceto se forem bem aplicados, o que demanda mais do que uma política de partilha, uma política de gestão, sob pena de colocarmos em risco os resultados econômicos dessa grande dádiva da natureza – as reservas de petróleo do pré-sal.

Mas isso é uma abordagem que leva em conta a destinação dos *royalties* e seus efeitos, tema que está fora do escopo dessa presente tese de doutorado.

¹¹³ Na produção derivada da plataforma continental, mar territorial e zona economicamente exclusiva (pré-sal), a nova Lei 12.734/12 estabelece os seguintes percentuais de divisão dos *royalties*, a saber: 22% para os Estados confrontantes; 5% para os Municípios confrontantes; 2% para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluídos; 24,5% para a constituição de um Fundo Especial e a ser dividido entre Estados e Distrito Federal; 24,5% para a constituição de um Fundo Especial a ser distribuído entre os Municípios e 22% para a União.

4.3. DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA INTERGERACIONAL

A questão da distribuição dos royalties do petróleo, analisada a partir do olhar da justiça distributiva intergeracional é algo que não somente é importante por si só, mas traz à baila aspectos relevantes para a compreensão dos mecanismos de distribuição dos resultados econômicos oriundos da indústria extrativa do petróleo, desenvolvida em Estados nacionais pautados, como é o caso brasileiro, por uma estrutura federal.

No fundo, tal parâmetro de argumento, qual seja, a da justiça distributiva intergeracional, é embasada na própria característica intrínseca do petróleo, como recurso natural, o da sua finitude no tempo, na condição de recurso natural não-renovável.

Por outro lado, o caráter de respeito às gerações futuras, que devem ter a chance de serem beneficiadas com os bônus das riquezas minerais e dos recursos naturais não-renováveis e não apenas com o ônus da exploração desse patrimônio público, reforça a importância do tema.

Ademais, não se pode analisar a questão da exploração dos recursos naturais não-renováveis tendo em conta apenas a questão das gerações futuras, sem levar em consideração as gerações do presente.

Não podemos deixar de reconhecer que a exploração dos recursos naturais não renováveis (o petróleo, no caso), o patrimônio representado pelas propriedades minerais e até mesmo os recursos naturais renováveis, somente faz sentido quando os resultados da atividade representam bônus para sociedade, desenvolvida sempre com os olhos voltados para o atendimento da função social da propriedade, representada por esses recursos, princípio constitucionalmente expressamente assegurado no Brasil, e da importância das receitas públicas, sejam as originárias (*royalties*), sejam as derivadas decorrentes dessa atividade, como instrumentos indispensáveis ao atendimento dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

O contexto da discussão, nesse ponto, da justiça distributiva intergeracional, no tocante à distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo evidenciam, na prática, um

tema a ser analisado em conformidade com a questão do federalismo, mantendo, dessa forma, uma clara intersecção com essa área do conhecimento jurídico.

No Brasil, a questão da justiça intergeracional, em que pese enquadrado no campo do direito ambiental, tem assento constitucional assegurado nos precisos termos do Art. 225, da Carta da República de 1988.

Vários são os aspectos paralelos, relacionados com a atividade de exploração do petróleo, que podem ser levados em conta e que, no fundo, trazem à baila a discussão que gira em torno da justiça distributiva intergeracional.

Não é desconhecido daqueles que se devotam ao estudo das várias facetas que envolvem a indústria extrativa, incluindo o segmento de exploração de óleo e gás natural, a sua importância econômica e os reflexos que se reproduzem a partir da análise de vários elementos, tais como: (1) a participação do setor na pauta de exportação, (2) o volume das receitas financeiras carreadas para os cofres públicos, (3) o intenso volume de investimentos que são necessários para o desenvolvimento dessa indústria extrativa, (4) a volatilidade dos preços das *commodities*, (5) os custos das operações extrativas, (6) o enorme grau de inversão no campo tecnológico exigido para o desenvolvimento da indústria extrativa, mormente no campo do petróleo e gás, (7) os custos jurídicos envolvidos no desenvolvimento do setor (8) os impactos ambientais com os seus custos correlatos e, por fim, mas não menos importante (9) as questões relacionadas com a rigidez locacional e natureza finita dos recursos, em especial no campo do óleo e gás.

Todas essas facetas apontam, em certa medida, para a discussão da questão da justiça distributiva intergeracional

Nessa linha de encadeamento de ideias, resta claro que no tocante à importância econômica e financeira do setor extrativo mineral, incluído o setor do petróleo e gás, o impacto na pauta de exportações, bem como os ganhos econômicos desse setor extrativo industrial, podemos afirmar com base em estudo desenvolvido pelo Banco Mundial (HALLAND; et al., 2015) que:

The EI sector occupies an outsize space in the economies of many resource-rich countries.

Specifically, it accounts for at least 20 percent of total exports, and at least 20 percent of government revenue, in 29 low-income and lower-middle income countries. (HALLAND; et al.,2015)

Não se pode, pois, sob o argumento da preservação ambiental, apenas para citar um exemplo, ou, quem sabe, pelo viés dos ônus trazidos pela exploração do petróleo, todos eles muito bem conhecidos, fechar os olhos para a importância dessa atividade no cenário econômico mundial.

Tratar a questão da exploração do petróleo, ou discutir o problema da distribuição dos royalties marítimos decorrentes dessa atividade, sobretudo em um cenário pautado, no âmbito do direito, pelo federalismo e mais precisamente, no federalismo de cooperação, é algo que não dispensa um olhar que envolva a justiça distributiva intergeracional.

Por outro lado, mas com idênticas conclusões, com base em uma análise que leve em conta os níveis de crescimento observados pela indústria extrativa, incluindo o setor do petróleo, resta claramente constatado o aumento praticamente quintuplicado dos investimentos estrangeiros, considerada as inversões no continente africano, no período 2000/2012, como apontado em relatório produzido pelo Banco Mundial a respeito do tema em comento (HALLAND; et al., 2015) que:

In eight such countries the EI sector accounts for more than 90 percent of total exports and 60 percent of total government revenue (IMF 2012).

Meanwhile, the expansion of the extractive sector has spurred investment in these countries, reflected in the quintupling of foreign direct investment in Africa between 2000 and 2012—from \$10 billion to \$50 billion (UNCTAD, 2013). (HALLAND; et al.,2015)

Não se pode deixar de considerar, em certa medida, de forma especial, os custos decorrentes de impactos ambientais quando nos deparamos com operações envolvendo a indústria extrativa, mormente no campo do petróleo e gás.

Todavia, esses elementos, qual seja (o grau de investimento e os custos ambientais decorrentes da exploração), não afastam a realidade do olhar voltado para a aplicação de parâmetros de justiça distributiva intergeracional.

Dados registrados por estudo do Banco Mundial (HALLAND; et al., 2015), comprovam, nessa linha, que:

El projects may also generate high risks to the natural environment. The costs of decommissioning projects and, in some cases, the cleanup of contaminated soil or water, can constitute a significant part of total project costs, and companies will typically be required to post collateral to ensure that funding is available to responsibly decommission the project at the end of its operative life. If not taken into account during the licensing of extraction rights, environmental costs could end up as government liabilities instead of on the company balance sheet. (HALLAND; et al., 2015)

Não é sem sentido que, igualmente, devamos sempre ter em consideração, em se tratando da indústria extrativa, incluindo as operações de óleo e gás, o foco na questão do caráter finito desses recursos, sua rigidez locacional e a sempre presente dinâmica da exaustão das reservas de um determinado projeto de exploração e que implicam seguramente na definição de toda a perspectiva de economicidade que está posta em jogo no desenvolvimento dos negócios desse setor e que repercutem de forma clara no âmbito das projeções dos elementos configuradores da justiça distributiva intergeracional, tema caro ao estudo da questão da distribuição dos *royalties* do petróleo.

Posicionamento advindo dos estudos desenvolvidos pelo Banco Mundial Mundial (HALLAND; et al., 2015), nesse mister, apontam para as inúmeras facetas do problema, a saber:

For governments, the exhaustible, nonrenewable character of oil, gas, and mineral resources poses challenges relevant to the determination of optimal extraction rates; the design of the fiscal regime; and the allocation of resource revenues to investment, consumption, and foreign savings.

The exhaustibility of subsoil resources also raises complex questions around **intergenerational equity** and long-term fiscal sustainability. (HALLAND; et al., 2015)

Aqui, mais uma vez, a questão da justiça distributiva intergeracional é contrastada com a temática da escolha do ritmo ideal de exploração, do esgotamento dos recursos, do regime fiscal adotado e, finalmente, a definição da melhor alocação dos resultados econômicos da atividade.

A partir do momento em que decidimos utilizar parâmetros de equidade intergeracional como elemento de embasamento da discussão envolvendo os *royalties* do petróleo e sua distribuição entre os entes federativos subnacionais e

locais, no Brasil, atendendo às balizas constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria, convém indagar, nesse ponto, acerca da dimensão do conteúdo do conceito de “justiça distributiva intergeracional”, pois, sem dúvida, esse é um viés da maior importância para a compreensão da pauta interpretativa da partilha dos resultados econômicos derivados da exploração do petróleo, sobretudo quando a produção dessa *commodity* resulta do ambiente marinho.

Não é sem sentido que a abordagem acerca dos *royalties* do petróleo e gás natural nos leva, sem dúvida, ao contexto das discussões que envolvem não somente a justiça distributiva, mas, igualmente, o caráter intergeracional que envolve o tema, que é claramente ressaltado a partir mesmo das considerações que forçosamente devem ser pontuadas em face do caráter finito e não-renovável que caracteriza a indústria extrativa do petróleo e a exploração desses bens públicos.

De fato, a temática da distribuição dos *royalties*, enquanto riqueza, passa pela questão da justiça, trazendo à baila critérios de isonomia e liberdade, elementos vitais de uma sociedade que busca atender o bem-estar e a dignidade de cada um e de todos os indivíduos, no dizer de Paulo Caliendo (CALIENDO, 2009).

A partilha dos *royalties*, considerada a sua abrangência, em face de todos os entes federativos subnacionais e locais e não apenas de alguns, parece ser a medida mais razoável a atender os propósitos de justiça assentados tanto no direito, como na economia, restando claro que a igualdade, e como consequência a liberdade, que devem reinar entre os entes federativos brasileiros, não apenas considerado o problema específico dos *royalties* do petróleo, não serão atingidas se boa parte da sociedade permanecer refém de condições materiais e econômicas opressivas (CALIENDO, 2009).

Desse modo, podemos afirmar, repetindo Paulo Caliendo (CALIENDO, 2009) que:

A ideia de justiça em uma determinada sociedade e, especialmente, uma sociedade democrática terá os seus fundamentos vinculados à ideia de justa distribuição de recursos e encargos no âmbito de dada comunidade. Desse modo, o conceito de redistribuição estará no núcleo semântico da ideia de justiça distributiva e, por sua vez, essas noções estarão vinculadas a teorias a respeito de como a sociedade trata as suas escolhas públicas sobre os fenômenos de escassez e da distribuição de recursos. (CALIENDO, 2009)

A ideia acima retratada de forma perfeita por CALIENDO (2009) tem, portanto, tudo a ver com a questão dos *royalties* do petróleo e os critérios que devem ser levados em conta na sua distribuição pelos entes federativos subnacionais e locais brasileiros, pois uma sociedade mais desigual na distribuição de recursos indica a existência de uma sociedade mais distante do ideal de sociedade justa.

Dado ao fato de que os bens minerais e os naturais, especialmente o petróleo, no caso, constituem, por desiderato constitucional, propriedade da União, o que resta ainda mais claro quando se analisa a situação do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, a distribuição dessas riquezas, em certa medida, deve ser processada sem necessariamente se cogitar de distinções que levem em conta discriminações particulares de lado a lado, pois o que se discute envolve nada mais do que bens públicos, que assim devem ser considerados.

Nesse ponto, há que se indagar qual a forma de distribuição que deve ser perseguindo, objetivando atender aos requisitos de justiça e no caso do petróleo, os elementos de justiça intergeracional.

Pautado, pois, pelas balizas constitucionais, alicerçado no critério de uma justiça distributiva, amparado pelo elemento intergeracional, levando em conta o aspecto finito e não renovável dos recursos minerais, que não dão duas safras e, ainda, em se tratando do caso específico da exploração de óleo e gás ocorrer no ambiente marinho do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva é que se deve interpretar o dispositivo do Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Não se esconde o direito subjetivo aos *royalties* definido em favor dos entes federativos subnacionais e locais em face da exploração de petróleo e gás natural.

Convém, contudo, apreciar com detalhe a afirmativa do legislador constituinte que ao definir tal direito subjetivo dos Estados e Municípios à percepção dos *royalties*, destacou duas situações específicas, a saber: (1) a da exploração continental, onde prevalece a cláusula “no respectivo território”, situação na qual a distribuição dos resultados econômicos será feita considerados os aspectos de territorialidade e (2) a da exploração marítima, na qual a distribuição envolve os Estados e Municípios confrontantes e afetados, ditos produtores, mas não apenas restrita a esses tão somente.

Reforçando a ideia da interpretação do tema a partir de um olhar que envolve a intergeracionalidade leva a admitir, nas sendas do entendimento de Christine Winter (WINTER, 2017), destacando vários autores, que a justiça intergeracional uma situação que busca:

to seek a new consensus on global actions to safeguard the future of the planet and the right of future generations everywhere to live healthy and fulfilling lives. This is the great development challenge of the 21st century. (WINTER, 2017)

Ou seja, a concretização substancial da justiça distributiva intergeracional deve atender à garantia de uma vida plena e saudável, o que no contexto do sistema constitucional brasileiro de princípios e valores, concorre para a efetivação do princípio da dignidade humana e a consecução dos objetivos da garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da promoção do bem de todos, tendo como fundamento aqueles definidos no contexto da Carta da República de 1988.

Destaca, ainda, a mesma autora, em sua tese de doutorado (WINTER, 2017), citando outros autores, que a atual geração tem se preocupado, em certa medida, em promover muito mais os seus próprios interesses, sem levar em consideração as questões intergeracionais, acarretando com isso sérios problemas, alguns deles de forma irreversível, como é o caso que envolve a exploração de petróleo, que por uma aproximação dedutiva, destaca-se como ponto de alta relevância, trazendo a questão da distribuição dos *royalties* pelos entes federativos subnacionais e locais, para o centro da discussão, conforme descrito abaixo:

Helen Clark in the forward to the Human Development Report 2011, (UNDP, 2011: iv) ...the profligate generation is making a moral exception of itself, unfairly favoring its own interests over those of others. But when the costs rise to the level of catastrophic evils (such as mass starvation and death), and the benefits are minor (such as bigger cars and cheaper, and more exotic vacations), this becomes an especially serious kind of moral wrong, showing that one group has little or no regard at all for others,

And yet despite the clamour on behalf of future generations, Steve Gardiner is here suggesting that we the living are the 'profligate generation', consuming the future for trivial pleasures. (WINTER, 2017)

Muito embora as questões envolvendo o conceito de uma justiça distributiva intergeracional tragam à baila elementos que, em certa medida, são vagos, tais como “a distribuição justa” e “bens valiosos” (WINTER, 2017), no caso particular que estamos aqui tratando, o da exploração marítima do petróleo e os consequentes resultados econômicos decorrentes dessa atividade, os *royalties*, em especial, esta consideração não pode ser deixada de lado, até mesmo em razão de que em se tratando de repercussão envolvendo a temática da intergeracionalidade, as gerações futuras, sujeitos dessa relação, não tem representatividade dentro desse contexto, muito embora tenham tanto valor, quanto as gerações atuais.

Não é por outra razão que Rawls (RAWLS, 2009) já destacava a questão da justiça pautada pela equidade, mesmo sem aprofundar aqui o tema da sua “posição original”, que necessitaria de um espaço bem maior para ser considerado.

Mas tomando como foco a justiça pautada pela equidade, Rawls (RAWLS, 2009) caminha no sentido de preservar a análise da sua teoria da justiça, da influência negativa que poderia surgir na medida em que se coloca como ponto central os preconceitos particulares, os interesses individuais e os benefícios que não levem em conta a repercussão no âmbito da comunidade, restando despontada, pois, o cerne de uma visão que não se restringe à individualidades, mas que repercute na esfera social maior, podendo aqui se ver aflorado de forma clara o viés da justiça distributiva intergeracional.

Muito embora a análise da justiça observada a partir do viés da salvaguarda dos interesses das gerações futuras seja considerada uma teoria ética impossível de ser testada, tal enfoque impõe, todavia, às atuais gerações o dever de laborar no sentido de assegurar suficientes recursos para as futuras gerações, visando manter hígidos os ganhos sociais e culturais até então obtidos e usufruídos.

Pensar de forma diversa, sem levar em conta os aspectos intergeracionais e sem trazer para a discussão as questões a eles inerentes é inaceitável, pois tendo em vista o caso em tela e aqui especificamente considerado, da exploração de petróleo, bem finito e não-renovável, colocaria a humanidade em rota de colisão com os próprios elementos de finitude, rigidez locacional e de bens não-renováveis que são caros a qualquer que seja a abordagem jurídica que venha a ser adotada (KONNS, 2011).

Oportuno trazer à baila comentários produzidos por Judith Konns (KONNS, 2011) acerca do tema relativo à indústria do petróleo e que leva à construção de considerações relevantes acerca da justiça intergeracional.

Em primeiro lugar Judith Konns (KONNS, 2011) destaca dois eventos catastróficos, um no Golfo do México, relacionado com a indústria do petróleo e outro no Alasca, consequência do aquecimento global, mas que apresentam um elo quando se analisa a indústria do petróleo em nível mundial, a evolução da pirâmide de preços desse recurso fóssil, o quadro de instabilidade política que disso decorre e as consequências econômicas que de tudo isso resulta e, sobretudo, a questão da finitude do petróleo, enquanto recurso natural não-renovável, a saber:

THE DEEPWATER HORIZON DISASTER OF 2010 **spewed millions of barrels of oil into the waters of the Gulf of Mexico**, offering a threemonth glimpse into the costs and consequences of a worldwide dependence on oil. After the leak was finally plugged and the well was cemented, attention soon turned to an economic recession, wars, and mid-term elections. When assurances were offered that the oil seemed to have dissipated and the damage was far less than anticipated, the calamity receded in the rear view mirror of public discourse. Four thousand miles away, **another disaster**—as horrific as the Gulf oil blowout—captured little public attention. **This disaster has arisen in the Alaskan village of Kivalina, which is disappearing into the Chukchi Sea.** Kivalina is one of the first communities to experience the devastating effects of global warming. **Villagers claim that global warming is melting the Arctic sea ice due to petroleum-induced greenhouse gases**, the largest emitters of which include oil companies such as British Petroleum. **The Gulf oil disaster and the inundation of Kivalina are intertwined. They demonstrate the catastrophic consequences of an oil based global economy, which are taking place in the looming shadow of Peak Oil.** A burning economic and political question is when global oil production will peak. Peak Oil will become a “watershed moment,” signifying the transition from two hundred years of a readily available supply of cheap oil to a decreasing supply of oil. Dire predictions have been made of the state of the world on the shadow side of Peak Oil. Scarce oil is predicted to inflame more oil wars, threaten economic systems, and push extracting companies to riskier lengths and depths while global warming continues to claim coastal communities such as Kivalina. **This Article moves from the disasters of the Gulf and Kivalina to propose that the necessary work of our generation is to make the transition from Peak Oil to sustainable energy for future generations of humans, other-than-human species, and Earth ecosystems.** The transitory period of Peak Oil also presents a transformative opportunity for law, economics, and politics. Taking that opportunity, this Article offers principles and applications of Earth Jurisprudence to guide the transformation of law and governance into the post-petroleum period. Earth Jurisprudence is an emerging field that seeks Earth-centered approaches to law and governance for the well-being of the planet and future generations. Earth Jurisprudence draws forth solutions from within as well as beyond existing law. By shifting to Earth centered approaches to law and governance, humanity takes its proper place as a member of the Earth community. **From this stance, humankind may also exercise its proper role to establish legal systems and laws that support all parts of the Earth community, including adopting sustainable, precautionary, and intergenerational approaches to energy.**(KONNS, 2011)

Sobre a questão da justiça intergeracional, propriamente dita, Judith Konns (KONNS, 2011), destaca como elemento apriorístico à toda essa discussão o tema do consumo e esgotamento das reservas de óleo no planeta, trazendo prognósticos preocupantes que devem ser levados em conta, sobretudo quando se discute, na presente tese de doutorado, o problema da distribuição dos royalties do petróleo advindos da produção marítima, na região do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva no Brasil, a saber:

As a community of humans, we are consuming oil one hundred thousand times faster than the fossil fuel can accumulate. Earth's supply of petroleum is vast, although limited. Because we are burning four hundred years worth of non-renewable oil every year, it is a simple matter to conclude that an accessible supply of petroleum will come to an end. In 1956, scientist Marion King Hubbert calculated that the production of oil would peak in various countries and then decline to a point of depletion. "Peak Oil," according to Hubbert, would arrive in the United States in the 1970s. Hubbert was largely ignored until 1971, when the Texas Railroad Commission announced that oil production in Texas was at one hundred percent capacity, followed by a decline. As Hubbert had predicted, domestic oil production in the lower forty-eight states peaked in the early 1970s. When global oil production will peak and begin its irreversible decline is a significant question for the nations of the world. Although consensus has not yet formed around a particular year, the geological debate focuses on the next ten years, with some geologists predicting that the peak will occur in 2012. In a report released in February 2010, the United States Joint Forces Command projected that severe shortages in oil output could occur as early as 2015. The military report also stated that the world oil demand in 2010 reached 86 million barrels per day. By 2030, the global demand for oil will be 118 million barrels per day, while only 100 million barrels per day is likely to be harvested. Energy experts forecast alarming social and economic consequences in the wake of Peak Oil: "shortages, price spikes, economic disruption, and a desperate push to wrest oil from 'unconventional' sources such as tar sands, oil shale, or coal." Researchers for the United States Department of Energy advised that the failure to prepare for Peak Oil would lead to "major economic upheaval." The military report also warned of military consequences and "dangerous vulnerabilities" of the energy crisis, including exacerbating tensions in the world and pushing "fragile and failing states further down the path toward collapse." As Peak Oil advances, voices from many sectors insist that the political will must be summoned to reduce emissions to the Earth's carrying capacity and to prepare for a near future of non-fossil fuel-based energy sources. To make the transition a reality, major human institutions must refocus on sustainable purposes and realign their functioning with the Earth processes on which they depend. The premises of Earth-centered systems of law and governance are not based on discontinuity between humanity and nature. Earth-centered systems do not allow for unfettered use (including destruction) of "natural resources" for the primary purpose of maximizing short term profit. Instead, principles such as the intrinsic value of nature, sustainability, and interdependence would be at the heart of the law and the legal system. **One measure that unites these Earth-centered principles is intergenerational equity** (grifo nosso). This measure places responsibility on the present generation to live sustainably for itself and future generations. . (KONNS, 2011)

Portanto, resta clara as consequências que a exploração de petróleo, levando-se em conta a questão das reservas conhecidas, o grau crescente de exploração, o incremento dos custos de produção e o caráter não renovável desse recursos naturais repercutem nos campos geopolíticos, econômicos, legais e estratégicos mundiais, não sendo crível que se passe a adotar uma política de distribuição dos *royalties* que não leve em consideração todas essas repercussões, destacando, por óbvio o elemento da justiça distributiva intergeracional.

Construindo uma abordagem que permite a análise interdisciplinar de temas econômicos com o direito, as observações levantadas por Konns (Konns, 2021) são, importantes, na medida em que trazem à baila a apreciação do tema da justiça intergeracional, ao qual acrescentaríamos a discussão da partilha federativa dos *royalties* marítimos do petróleo, sob a ótica da participação dos entes federativos subnacionais e locais do Estado brasileiro, com todas as suas peculiaridades.

O problema é ainda mais acrescido de importância, na medida em que se enfrenta a questão de um Estado Federal, como é o caso do brasileiro, onde os interesses dos entes federativos subnacionais e locais devem ser preservados.

4.4. CONCLUSÕES

- a) o direito subjetivo dos entes federativos subnacionais e locais à percepção dos *royalties* do petróleo, embora assegurados constitucionalmente nos termos do disposto no Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988, não constitui um monopólio dos Estados, ditos produtores, salvo quando a exploração se der nos seus próprios territórios (exploração continental), mas não no caso da exploração ocorrer no ambiente marinho do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
- b) a própria interpretação do dispositivo constitucional do Art. 20, § 1º da Carta da República deixa totalmente definido a previsão de dois sítios de exploração, um continental, no qual os Estados e Municípios exercem plenos direitos, já que a produção é obtida a partir de situações desenvolvidas em **território próprio** desses entes e um outro marítimo, no qual a parcela destinada aos entes subnacionais e locais é definida pela regra do legislador

infraconstitucional (Lei 12.734/2012), levando em conta o critério da projeção geodésica dos seus limites territoriais nos ambientes marítimos do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, pois nesse espaço geográfico e geológico predomina o domínio da União;

c) por outro lado, não se pode concluir da leitura dos Arts. 20, § 1º e 155, § 2º, X, b, ambos da Carta da República de 1988, por uma necessária vinculação, mesmo quando se pretenda resvalar para uma interpretação sistemática na busca da definição de um argumento compensatório para a elucidação do pretense direito subjetivo dos Estados, ditos produtores, mormente, repito, quando a exploração ocorrer no ambiente marinho do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva;

d) aqueles que jogam com uma vinculação necessária entre os dispositivos constitucionais antes referidos, dos Arts. 20, § 1º e 155, § 2º, X, b, buscando estabelecer uma relação de natureza tributária envolvida, em certa medida, com a questão dos *royalties* do petróleo, ajustam as suas posições na trilha de uma interpretação sistemática, à luz da concepção de que o direito não se interpreta em tiras (GRAU, 2002);

e) utilizam, contudo, como base, para a interpretação nesse sentido, a ideia alicerçada em uma *obiter dictum* confirmada pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do Mandado de Segurança 24.312/DF, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, no Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal);

f) no fundo, antes de promover uma interpretação sistemática, que no dizer de Eros Grau (GRAU, 2002) deveria impor, em qualquer circunstância, ao intérprete o caminhar pela trilha que se projeta a partir do texto até à Constituição, destaca-se, todavia, uma clara interpretação histórica e com base na *mens legislatoris*, o que se deduz de vários julgados do STF (Supremo Tribunal Federal), em especial o Mandado de Segurança 24.312/DF e o Recurso Extraordinário 198.089, onde a abordagem da STF seguiu pelas sendas de argumentos no mínimo criticáveis, já que as bases interpretativas assumidas deveriam estar fundadas na legislação e não em balizas históricas e amparadas pela *mens legislatoris*;

g) a pretensa atribuição dos *royalties* marítimos aos Estados ditos produtores, pautado por uma compensação pela perda do ICMS, não é respaldada pela alteração do regime de cobrança do ICMS, previsto no Art. 155, § 2º, X, b, da

Constituição Federal de 1988 (cobrança no destino), em razão de operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos deles derivados, não havendo nenhuma previsão expressa nesse sentido;

h) a discussão acerca da aplicação dos resultados econômicos oriundos da produção de petróleo *offshore* no Brasil deveria estar atado à incessante busca da redução das desigualdades, da diminuição da pobreza, objetivando como finalidade a promoção da justiça social, elementos destacados na Carta da República do Brasil de 1988 e que na visão de Amartya Sen visa aumentar as capacidades das pessoas e promover, com isso, melhores oportunidades econômicas e sociais, reais reflexos do crescimento econômico;

i) pautada pelas balizas da análise econômica do direito, a questão dos *royalties* deve ser encarada a partir de uma construção teórica, na qual as normas de direito utilizadas para regular a questão temática tenham como fio condutor as pressões advindas da sociedade para a composição da norma e não como um resultado que se instale a partir de conclusões movidas em sentido contrário, qual seja, da composição da norma para a sociedade;

j) partindo da premissa da aplicação da teoria da justiça intergeracional, podemos afirmar que a questão da definição dos critérios da divisão dos *royalties* do petróleo pelos entes federativos subnacionais e locais não pode ser deixada de lado, tendo em vista caráter finito e não-renovável desse bem natural, fazendo com que não possa desprezar a questão da equidade como parâmetro definidor da justiça nessa seara.

CAPÍTULO 5. JUDICIALIZAÇÃO DOS ROYALTIES – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMARIO: 5.1. Ação direta de inconstitucionalidade acerca dos *royalties* do petróleo no STF; 5.2. Os royalties do petróleo na exploração offshore; 5.3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4917, seu objeto, fundamentos e a decisão liminar proferida; 5.4. Conclusões

Ao fim das diversas abordagens construídas no curso deste trabalho, passamos a tratar, neste último capítulo, da questão crucial para a definição do regime de distribuição dos *royalties* do petróleo gerados a partir da exploração de óleo e gás natural, na região do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, qual seja, o da sua judicialização, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, que passou a ser objeto da atenção do Supremo Tribunal Federal, tão logo entrou em vigência a Lei nº 12.374/2012.

Discorre-se neste capítulo, de modo específico, sobre a ação direta de inconstitucionalidade acerca dos *royalties* do petróleo, a discriminação detalhada do regime de distribuição dos *royalties* gerados da exploração marítima de petróleo e gás natural, a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.917 RJ, no que tange aos seus objetivos e fundamentos.

Finalmente, são analisadas as bases e fundamentos da liminar proferida nessa ação, proferida pela Ministra Relatora no processo, a Ministra Carmem Lúcia, em 2012, e que até esse momento mantém a suspensão dos efeitos de vários dos dispositivos da Lei nº 12.374/2012 que rege a matéria da distribuição dos resultados econômicos da produção de óleo e gás natural na região *offshore* do Brasil.

A discussão acerca da distribuição dos *royalties* do petróleo derivados da produção *offshore* no Brasil, trazido à baila, ultimamente, pelo legislador federal, no

bojo da Lei nº 12.734 de 2012¹¹⁴, constitui um aspecto da mais alta relevância para a harmonia do pacto federativo e a repercussão em termos de melhoria da higidez econômica dos diversos entes federativos nacionais e subnacionais.

Tal questão aflora ainda de modo mais significativo quando o problema é abordado a partir da perspectiva dos objetivos da República Federativa do Brasil, dentro de um contexto de Estado Democrático de Direito, respeitadas as balizas constitucionalmente previstas e foco nas legislações de regência.

Visto por essa ótica, a discussão envolvendo o tema dos *royalties* de petróleo produzido no ambiente *offshore*, suscita repercussões importantes para toda a sociedade.

Todavia, inúmeras divergências de opinião envolvendo a questões dos *royalties* do petróleo ocorrem de modo mais ou menos avolumado, sobretudo quando o afloramento do novo regime dos *royalties* do petróleo no Brasil, tornou-se consolidado a partir de um emaranhado de normas e um complexo quadro evolutivo que passou por idas e vindas no seio do legislativo, medidas provisórias, vetos e derrubada de vetos, gerando, assim, campo fértil para a judicialização do tema, objetivo maior desse nosso trabalho.

A Lei nº 12.734/2012, centro e objeto de toda a nossa discussão sobre o tema antes referido, alterou as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo) e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010 (Lei do Pré-sal), pautando novos regramentos de distribuição, entre os entes da Federação, dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, aprimorando o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha de produção, regime que concentra cerca de 90% (noventa por cento) da produção de óleo e gás natural no Brasil.

Convém destacar que a discussão sobre os *royalties* do petróleo é tema antigo e antecede até mesmo à Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), já tendo sido apontado como objeto de análises muito antes, quando da criação da PETROBRÁS, pela Lei nº 2.004, nos idos de 1953, que em seu Art. 27 previa que “a Petrobras, titular do monopólio da exploração e produção de petróleo na época, era obrigada a pagar aos Estados e Territórios uma “indenização de 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás”.

¹¹⁴ BRASIL, Lei 12.734 de 2012, acessado no site www.planalto.gov.br, em 15.12.2020

Tal artigo indicava, ainda, que os Estados e Territórios deveriam distribuir “20% (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles”¹¹⁵.

O tema, todavia, em face da evolução legislativa, de certa forma caótica, que veio à tona após as várias modificações que ocorreram no texto originário da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo) e, sobretudo, posteriormente ao advento do Présal, com a introdução de um novo regime de exploração (o contrato de partilha de produção), fundado na Lei nº 12.351/2010, tem dado azo a grandes divergências em torno dos modelos legislativos definidores da questão dos *royalties* no Brasil.

Assim, toda uma série de disputas passou a ocorrer, envolvendo os entes federativos nacionais e subnacionais em torno da divisão das receitas financeiras decorrentes da exploração das reservas de óleo e gás no ambiente offshore da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

Tais disputas, encontram-se, atualmente, judicializadas, em face de direitos pretensamente contrariados e que colocaram os Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo, em uma duvidosa situação de desvantagem frente aos demais entes federativos nacionais e subnacionais que configuram o quadro federativo no Brasil, comparados os termos até então prevalentes da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) e da Lei nº 12.351 (Lei do Présal), superados que foram pela nova legislação de regência, a Lei nº 12.734/2012.

A posição atual é a de que o tema dos *royalties* resta dependente de um pronunciamento final da Suprema Corte posto que toda a planificação do legislador federal sobre a questão, está, nesse momento, suspensa por força de uma liminar, monocrática e de caráter cautelar, da lavra da Ministra Carmem Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917, proferida em 18.03.2013.

A presente discussão está ancorada, primeiramente, em preceito constitucional, qual seja, o Art. 20, §1º, da Constituição Federal de 1988, e na lei anteriormente referida (Lei nº 12.374/2012).

Vale salientar, desde já, que de nada importa a existência de lei que não proporcione à sociedade e aos entes federativos nacionais e subnacionais uma satisfação efetiva e que, por sua vez, não se mostre harmonizada com as balisas, os

¹¹⁵ BRASIL, SENADO FEDERAL. Direito e Energia, Ano 5, Vol. 8, Ago-Dez 2013, - Acesso no site <http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/pré-sal>, em 15.12.2020.

fundamentos e os princípios e regras de um Estado Democrático de Direito, destacando-se, no ponto, de que no que tange ao presente tema a questão torna-se, ainda mais sensível, em face da enorme repercussão econômica que tal discussão acarreta.

Tampouco, pode-se deixar de considerar a decisão prolatada no caso em comento, restrita no presente momento à uma decisão cautelar de caráter liminar no processo da ADI 4.917, da lavra da Relatora para a ação, a Ministra Cármen Lúcia, sem apreciar se a mesma está devidamente lastreada em fundamentação que a torne legítima e adequada e que atenda às exigências da repercussão dos seus efeitos no campo econômico e, bem assim, que assegure o respeito às ponderações das partes, os fundamentos constitucionais e os princípios, regras e postulados normativos próprios do sistema jurídico como um todo.

Por outro lado, na medida em que as questões são judicializadas, necessário se faz uma apreciação, ainda mais arguta das decisões prolatadas, seja em sede final ou até mesmo na esfera de provimentos preliminares, típicos da ciência do processo, para que não se veja frustrado todo o esforço do legislador, quando apenas por uma forma não razoável de entendimento, ou quiça uma vista de um ponto, se ponha a perder toda a construção legislativa produzida, com consequências danosas ao sistema jurídico e social como um todo.

Tal problema se apresenta com dificuldade ainda maior, podendo projetar riscos potenciais bem mais expressivos, quando a discussão ocorre no último nível da jurisdição, que é o caso em comento, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 9417, que versa, dentre outros aspectos, sobre a política de distribuição dos *royalties* do petróleo advindos da produção *offshore* no Brasil e da pretensa inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/2012.

Resta salientar, que toda essa discussão passa pela forte manifestação de entes federativos de grande expressão nacional, como é o caso dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e seus respectivos Municípios, guindados que foram ao patamar de Estados Produtores, Confrontantes e Afetados, que se sentindo prejudicados pela redação final da Lei nº 12.734/2012, que alterou os regimes de distribuição de *royalties*, previstos nas Leis nºs 9.478/97 e 12.351/2010, pugnam na justiça a manutenção dos seus pretensos direitos.

Tais entes federativos nacionais buscam, por meio de judicialização, em sede de ADI, perante o Supremo Tribunal Federal, reverter o quadro da nova política de

distribuição de *royalties* do petróleo advindos da exploração *offshore* e que define um caráter nacional para a referida partilha e não mais uma distribuição limitada tão somente aos ditos Estados Produtores, confrontantes ou afetados como sempre foi tratada a questão até então.

Como problema fundamental, embora transversal à questão de fundo, mas não menos importante, qual seja, o tema da suposta inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/2012, antes referida, questão que por si só demandaria um enfoque que ultrapassa, quiçá, aos limites dessa discussão, destaca-se o caráter da fundamentação da decisão judicial, que já pode ser alvo de apreciação a partir do contexto da decisão, liminar e de caráter cautelar, da lavra da Ministra Carmem Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917, proferida em 18.03.2013, cujas bases nos proporcionam a possibilidade de construir algumas considerações que entendemos serem relevantes para o tema aqui trazido à baila.

A discussão tem base a seguinte questão: como podemos analisar a decisão da Ministra Carmem Lúcia, na ADI 4917, nos termos da sua subsunção ao dever de fundamentar, que além de constituir preceito constitucional expresso¹¹⁶, configura, igualmente, princípio democrático de garantia¹¹⁷ (COSTA, 2016) previsto na Constituição Federal, no novo Código de Processo Civil de 2015¹¹⁸ e na Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹¹⁹ partindo-se, no caso, da teoria crítica do discurso?

¹¹⁶ BRASIL, Artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, a saber: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (IX) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.....”. Acessado no site www.planalto.gov.br, em 30.12.2020

¹¹⁷ Quanto ao dever de fundamentação e sua disciplina no Código, nada melhor que recorrer às palavras de um doutrinador, que também é magistrado: “O novo CPC tem muitos avanços, mas ele já é natimorto em vários aspectos. De bom, ele traz à atividade jurisdicional algumas injeções de democracia e republicanismo, especialmente em matéria de motivação de sentenças. Essa é, talvez, uma das regras mais polêmicas do novo CPC, que obriga os juízes a enfrentarem todos os argumentos e fundamentos trazidos pelas partes. Infelizmente, o Judiciário foi referendando entendimentos autodefensivos com o objetivo de gerar economia de trabalho, mas nós sabemos que o princípio da motivação das decisões foi sendo sabotado paulatinamente no Brasil. Então, a bem da verdade, o que o novo código faz é simplesmente colocar as coisas nos seus devidos lugares” (Entrevista publicada no Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro>. Acesso em: 10 JAN. 2021).

¹¹⁸ BRASIL, Artigo 489, do Código de Processo Civil, a saber: “São elementos essenciais da sentença:

- I.
- II. Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III.

Acessado no site www.planalto.gov.br, em 30.12.2020.

¹¹⁹ BRASIL, Lei de introdução das normas do direito brasileiro.

Em resumo, pretende-se indagar, ao fim e ao cabo, acerca do seguinte problema: o que o texto da referida decisão diz e qual o peso do suporte argumentativo de sua fundamentação?

Esse, pois, é o ponto central da discussão e a pergunta que merece melhor análise, cuja solução leve em consideração e seja fundada no normativo constitucional do Art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, no propósito de identificar, na perspectiva da análise do discurso e do texto, as assertivas produzidas pela Ministra Carmem Lúcia, no bojo da cautelar prolatada na ADI 4.917.

Convém destacar, outrossim, que, se por um lado, a Constituição exige dos juízes que fundamentem as suas decisões, por outro viés a Constituição confere aos jurisdicionados um direito à fundamentação, não se tratando de um direito a uma fundamentação qualquer, mas de um direito fundamental a uma fundamentação que seja adequada e legítima (FREIRE, 2017).

Busca-se, na verdade, com o presente estudo não apenas verificar se a decisão liminar proferida na ADI 4.917, da lavra da Ministra Relatora, cingiu-se tão somente à mera aplicação da lei, mas, sobretudo, se o processo gerador do provimento decisório passou, do ponto de vista argumentativo, por uma construção linguística, adequada e legítima, segundo os princípios, regras, postulados normativos e outros dados do sistema, atendendo, assim, o primado do dever de fundamentar as decisões judiciais no seu sentido mais amplo.

Atenta-se, outrossim, aferir não apenas para as partes envolvidas no processo, mas, de resto, para toda a sociedade, incluindo aqui, no caso concreto, os entes federativos nacionais e subnacionais, a certeza acerca da transparência, clareza e os sentidos lógico, semântico e pragmático da decisão proferida (GOUVEIA, 2020).

Finalmente, a escolha da discussão do tema limitado ao segmento da produção de petróleo no ambiente offshore, é não apenas uma opção do autor, mas, sobretudo, um dado pautado pelo fato de que nesse contexto geológico estão situadas as principais e grandes reservas nacionais, sobressaindo, pois, o elemento econômico do problema, sendo exatamente nesse ponto que afloram as principais questões envolvendo os interesses dos entes federativos nacionais e subnacionais, sobretudo em face do papel que assume a União nesse viés, em particular.

Art. 20, a saber: “Nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Acessado no site www.planato.gov.br, em 30.12.2020.

Essas constituem, em resumo, as notas introdutórias sobre o tema da presente discussão no âmbito desse capítulo de nossa tese de doutorado, envolvendo a questão dos *royalties* derivados da produção *offshore* no Brasil, podendo-se passar agora aos comentários sobre a ADI 4.917 propriamente dita, seus objetos e fundamentos e, bem assim, o teor da decisão cautelar, de caráter monocrático e *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida pela Relatora para o processo, a Ministra Carmem Lúcia, que originou a suspensão dos efeitos de alguns artigos da Lei 12.374/2012 acerca da distribuição dos *royalties* de petróleo, **visto aqui sob a perspectiva da sua produção *offshore*.**

Tudo isso sem descurar da visão acerca da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo, tema já exposto em item próprio de capítulo anteriormente exposto e discutido minudentemente no decorrer deste texto de nossa tese.

5.2. OS ROYALTIES DO PETRÓLEO NA EXPLORAÇÃO OFFSHORE

Uma das maiores revoluções constatadas no desenvolvimento recente da indústria brasileira do petróleo e gás natural foi o anúncio da descoberta das reservas potencialmente gigantescas (reservas da ordem de bilhões de barris de óleo) na área denominada pré-sal e que a cada dia tem a seu potencial confirmado e até mesmo ampliado, o que coloca o Brasil no seletivo grupo de nações detentoras das maiores reservas mundiais de óleo de primeira linha (petróleo de natureza “leve” e mais propício e rentável para um melhor aproveitamento pelos atuais esquemas de refino). Delimitado numa extensão territorial que se estende por uma faixa geológica com dimensões da ordem de 800 quilômetros de comprimento, por 200 quilômetros de largura, a região do pré-sal ocorre em águas profundas entre os meridianos geográficos que passam pelos Estados do Espírito Santo e São Paulo, prosseguindo um pouco mais até a altura do Estado de Santa Catarina e constitui um relevante sítio de reserva de óleo, cujo potencial coloca o Brasil no seletivo grupo dos grandes produtores mundiais.

A magnitude desses recursos naturais e, conseqüentemente, o seu expressivo conteúdo econômico, como fato gerador de vultuosas receitas financeiras do Estado, chamou, é claro, imediatamente, a atenção dos entes federativos regionais e locais, para aquilo que poderia ser um acréscimo considerável de recursos nos seus

respectivos orçamentos, surgindo daí uma grande disputa no âmbito federativo, reconhecida por muitos como umas das maiores crises do sistema federativo brasileiro.

Vale salientar que as questões dos *royalties* do petróleo nascem com a própria flexibilização do monopólio da indústria do petróleo e gás natural nas mãos da União e não passaram despercebidas da classe política, nem do Executivo Federal que por meio de Emenda à Constituição (Emenda 09/95)¹²⁰, alterou profundamente, por meio do contrato de concessão (Lei nº 9.478/1997), os argumentos jurídico-contratuais que passaram a reger as operações de óleo e gás, nos ambientes continentais e, nas áreas da plataforma continental e da zona econômica exclusiva brasileiras, regiões nas quais o esforço de pesquisa cresceu consistentemente, tendo gerado não somente o incremento das reservas brasileiras de óleo e gás, mas levado, ao fim e ao cabo, à descoberta dos depósitos do pré-sal.

A pesquisa e exploração de petróleo que foram desenvolvidas, inicialmente, no ambiente continental, agora lança os seus alicerces no ambiente marítimo da plataforma continental e da zona econômica exclusiva brasileiras, invertendo totalmente a lógica das operações até então implantadas, trazendo consequências importantes na questão das receitas financeiras do Estado, mormente aquelas ligadas aos *royalties*.

Cabe registrar que “a figura jurídica do *royalty* de petróleo é explicitada pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei Federal nº 2.004/53, em seu art. 27, o qual fixava a obrigação da Petrobras, titular do monopólio da exploração e produção de petróleo na época, de pagar aos Estados e Territórios uma “indenização de 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás” (MARQUES JÚNIOR e GUEDES).¹²¹

¹²⁰ BRASIL, Art. 177 da Constituição Federal de 1988, com a redação da EC 06/95, a saber: Constituem monopólio da União:

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos I a IV deste artigo, **observadas as condições estabelecidas em lei.** (negrito nosso)

¹²¹ Observação retirada do texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-nergia**, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

O mesmo regramento legal antes referido indicava, ainda, que os Estados e Territórios deveriam distribuir “20% (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles”.¹²²

Com as mudanças na legislação pátria, a já referida lei foi revogada pela Lei Federal nº 9.478/97, que instituiu o contrato de concessão e passou a regular o setor após a Emenda Constitucional nº 09/95, a qual, por sua vez, flexibilizou o monopólio da União, exercido pela Petrobras, nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

Apenas para registro e fixação, cabe salientar que com o advento da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) foram definidos, levando em conta o “contrato de concessão”, novas regras de participação governamental na atividade de petróleo e gás e a partilha dos *royalties* da União, tanto para o caso da exploração continental, como no caso da exploração de óleo *offshore*, que nos interessa de perto no presente trabalho, definidas nos seguintes termos (SCAFF, 2014), a saber:

% DE DISTRIBUIÇÃO – PRODUÇÃO OFFSHORE – CONCESSÃO (LEI 9.478/97)

- I. Rateio da parcela fixa de 5%:
 - a. 30% para os Estados confrontantes com campos produtores
 - b. 30% para os Municípios confrontantes com campos produtores
 - c. 20% para o Ministério da Marinha
 - d. 10% para os Municípios afetados por operações de embarque de petróleo e gás natural
 - e. 10% para um Fundo Especial a ser distribuído entre Estados, Territórios e Municípios
- II. Rateio da parcela variável entre 5% e 10%:
 - a. 22,5% para Estados confrontantes com campos produtores
 - b. 22,5% para os Municípios confrontantes com campos produtores

¹²² Observação retirada do texto de MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-nergia**, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

- c. 7,5% para os Municípios afetados por operações de embarque de petróleo e gás natural
- d. 25% para o Ministério da Ciência e Tecnologia
- e. 15% para o Ministério da Marinha
- f. 7,5% para um Fundo Especial a ser distribuído entre Estados, Territórios e Municípios

Se compararmos com a norma modificadora (Lei nº 12.734/2012), os contratos de concessão definidos para o ambiente da plataforma continental e da zona econômica exclusiva passaram a ter o seguinte formato com relação aos *royalties* (SCAFF, 2014), a saber:

% DE DISTRIBUIÇÃO – PRODUÇÃO OFFSHORE CONCESSÃO (LEI 12.734/2012)

- I. Rateio da parcela fixa de 5%:
 - a. 20% para os Estados confrontantes com campos produtores
 - b. 4% para os Municípios confrontantes com campos produtores
 - c. 3% para os Municípios afetados por operações de embarque de petróleo e gás natural
 - d. 20% Fundo Social para a União
 - e. 54% para um Fundo Especial a ser distribuído entre Estados, Territórios e Municípios (FPE/27% e FPM/27%)

- II. Rateio da parcela variável entre 5% e 10%:
 - a. 20% para Estados confrontantes com campos produtores
 - b. 4% para os Municípios confrontantes com campos produtores
 - c. 3% para os Municípios afetados por operações de embarque de petróleo e gás natural
 - d. 20% Fundo Social da União
 - e. 54% para um Fundo Especial a ser distribuído entre Estados, Territórios e Municípios (FPE/27% e FPM/27%)

Os dados acima demonstram que não houve alteração nos percentuais dos valores distribuídos considerada a lei anterior e a atual (com efeitos suspensos), exceto a verificação de uma atecnia cometida pelo legislador que deixou passar 1% no somatório das parcelas, não tomando as devidas providências, mesmo após a possibilidade aberta por ocasião da análise dos vetos da Presidência, mantendo, ainda assim, o somatório das parcelas o total de 101%.

No mais, as verbas destinadas para o Ministério da Marinha e o Ministério da Ciência e Tecnologia, foram incorporadas ao Fundo Social da União e quanto aos entes federados regionais e locais não podem esses suscitar alegações sobre possíveis perdas, pois como afirma Facury Scaff (SCAFF, 2014), “não se pode perder o que não se tinha”.

Com a edição da Lei Federal nº 12.351/2010, passou-se, então, a cogitar de um novo regime de exploração, o regime de partilha de produção, que veio a constituir um novo modelo de contrato de exploração, tendo na sua composição a previsão de um Fundo Social do Pré-sal, passando, pois, a distinguir dois tipos de pagamentos de *royalties*, um primeiro de forma direta e um segundo de forma indireta (por meio do Fundo Social), ao lado do já existente contrato de concessão (Lei nº 9.478/97) e, como consequência, um novo arranjo jurídico para a cobrança dos *royalties* do petróleo naquelas novas circunstâncias fático-jurídicas.

A divisão dos *royalties*, a partir do advento da Lei nº 12.351/2010, resultante das inúmeras discussões e alterações do Projeto de Lei nº 5.938/2009, definidas na Câmara dos Deputados, inicialmente pautado pela Emenda de Plenário 387, conhecida como Emenda Ibsen Pinheiro, e que tinha como pano de fundo a proposta da divisão de 50% do valor dos *royalties* e participações especiais para todos os

Estados produtores e não produtores (Art. 64)¹²³, foi vetada, dentre outros, nesse ponto (SCAFF, 2013).¹²⁴

Na continuidade e diante da crise instalada, em razão da partilha dos *royalties*, entre os entes federativos nacionais e subnacionais, sobreveio a Lei Federal nº 12.734/2012, responsável por uma série de controvérsias no plano jurídico, ao promover uma expressiva reformulação dos percentuais distribuídos a determinados entes da federação, em especial os referentes aos estados e municípios produtores ou diretamente afetados pelas atividades empreendidas.

Para fins de registro e comparação, com o advento da Lei nº 12.351/2010, e as alterações trazidas pela Lei nº 12.734/2012 os *royalties* gerados a partir da exploração e produção *offshore*, passou a ter o seguinte formato de distribuição (SCAFF, 2014), a saber:

% DE DISTRIBUIÇÃO – PRODUÇÃO OFFSHORE – PARTILHA (LEI 12734/2012)

- a. 22% para os Estados confrontantes com campos produtores
- b. 5% para os Municípios confrontantes com campos produtores
- c. 2% para os Municípios afetados por operações de embarque de petróleo e gás natural
- d. 24,5% Rateio pelo sistema FPE
- e. 24,5% Rateio pelo sistema FPM
- f. 22% Fundo Social para a União

¹²³ BRASIL, Art. 64, Lei 12.351/2010, “Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea d do inciso II do art. 49 da Lei 9478, de 06 de agosto de 1997, a parcela restante dos royalties e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma: I – 50% (cinquenta por cento) para a constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados – FPE; e II – 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Acessado no site www.planalto.gov.br, em 22.12.2020.

¹²⁴ O veto apostado ao Art. 64, da Lei 12.351/2010, teve a sua redação focada em problemas técnicos e foi assim configurada: “Da forma como redigido, o artigo não estabelece a forma ou a alíquota para a obtenção do montante total dos recursos provenientes dos royalties. Igualmente, não é fixado o percentual desses valores que corresponderá à participação da União nem, conseqüentemente, o percentual que será destinado aos Estados, Distrito Federal e Municípios.”

O novo formato de distribuição dos *royalties* originados da produção offshore, tanto nos casos regulados pelo regime de concessão, como naqueles pautados pelo regime de partilha, aguçou grandes disputas entre os entes federativos regionais e locais, sendo inevitável proposição de ações perante o Supremo Tribunal Federal, levantando uma série de supostas violações à ordem constitucional por parte da referida lei, acabou por levantar uma complexa discussão acerca dos valores constitucionais sopesados na situação em questão, motivo pelo qual se demanda uma rápida e eficiente resposta apta à resolução da contenda.

Em resumo, convém destacar que, no âmbito da evolução legislativa, a questão dos *royalties*, nascida quando da própria criação da Petrobras, executora, na época, do monopólio da União, na área específica de petróleo e gás, abrangendo todas as partes dessa cadeia industrial, desde a pesquisa, passando pela exploração e indo até à distribuição de derivados, evoluiu para a flexibilização do monopólio com a Emenda 06/95, teve o seu quadro legal definido pela Lei nº 9.478/97, que fixou o regime da concessão, sofreu, uma vez mais, alteração pela via da instituição do regime de partilha de produção (áreas do pré-sal), fundado na Lei nº 12.351/2010, montando-se no ambiente offshore a sua convivência com o regime da concessão (áreas fora do pré-sal) e que, finalmente, teve aflorada uma nova concepção de distribuição de *royalties*, por meio da Lei nº 12.734/2012, ora em discussão na esfera do Supremo Tribunal Federal.

O quadro gerado por todas essas alterações e, sobretudo, a nova ideia da partilha dos resultados econômicos dos *royalties* advindos da produção *offshore* do petróleo, gerou inúmeras questões que, ao fim e ao cabo, desbordaram no Supremo Tribunal Federal, em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidades, todas apensadas à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917 DF, cuja medida cautelar, da lavra da Ministra Relatora Carmem Lúcia, suspendeu os efeitos de vários artigos da Lei nº 12.734/2012, mantendo, assim, a distribuição dos *royalties* da União, para os entes federativos nacionais e subnacionais submetida, até o presente momento, ao *status quo* anteriormente definido no âmbito das Leis nºs 9.478/97 e 12.351/2012, na área de produção *offshore*.

Passemos, pois, na continuação, à análise da ADI 4.917 e, bem assim, seu objetivo e fundamentos.

5.3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.917 RJ, SEU OBJETO, FUNDAMENTOS E A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA

A ação direta de inconstitucionalidade 4.917 tem como **objeto** básico impugnar os normativos da Lei nº 12.734/2012, na parte que altera dispositivos das Leis nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) e nº 12.351/2010 (Lei do Presal) referente ao regime de distribuição de *royalties* do petróleo, abrangendo, agora, tanto os contratos de concessão, como os contratos de partilha de produção, resultantes da produção de óleo e gás natural no ambiente *offshore*.

Convém salientar, desde já, que esses dois regimes contratuais interessam de perto no deslinde da discussão encetada no presente trabalho, pois a exploração no âmbito do ambiente geológico da plataforma continental e da área econômica exclusiva, estão envolvidos com ambos os regimes jurídico-contratuais que regem, atualmente, as atividades de petróleo e gás natural *offshore*, se bem que na camada do pré-sal prevaleceram os contratos de partilha de produção.

Elenca como foco da argumentação e pontos da exordial o fato de que “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, nesse caso, no destino e não na origem), conforme atesta o Art. 155, X, b, da Constituição de 1988¹²⁵, bem como envolve por imperativo do Art. 20, §1º, da Constituição de 1988¹²⁶, uma compensação pelos danos ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural”.¹²⁷

Destaca como **fundamentos**, os seguintes pontos, a saber:

¹²⁵ BRASIL, Art. 155, X, b, Constituição Federal de 1988, a saber:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

X - não incidirá:

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. Acessado no site www.planalto.gov.br, em 22.12.2020

¹²⁶ BRASIL, Art. 20, Constituição Federal de 1988, a saber:

São bens da União:

§1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. Acessado no site www.planalto.gov.br, em 22.12.2020.

¹²⁷ Acessado pelo link

Redir.stf.jus.br/estfvisusalizadorpub/jss/consultaprocessualeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376, 23, em 23.12.2020.

“- a violação do sentido e o alcance do Art. 20, §1º da Constituição Federal de 1988 e a afronta à natureza compensatória e não-distributiva dos *royalties*;

- a violação do pacto federativo originário e, bem assim, a afronta ao princípio da Supremacia da Constituição e do princípio federativo;
- o comprometimento do regime de cobrança do ICMS sobre petróleo no destino, e não na origem, como constitui a regra geral do sistema, como resta explicitado no Art. 155, §2º, X, b, do texto constitucional vigente e que atua no sentido de formatar um pacto constituinte entre Estados produtores e Estados não-produtores, regra que não pode ser superada por meio de lei ordinária, ainda que federal.”¹²⁸

E acrescenta, ainda, como **argumentos**:

“- a violação ao direito adquirido;

- violação ao princípio da segurança jurídica;
- violação ao ato jurídico perfeito;
- violação aos princípios da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva.”¹²⁹

Em que pese as várias ponderações utilizados como fundamentos para a propositura da ADI 4.917, fato é que dois pontos destacam-se sobremaneira: (1) a natureza jurídica compensatória e não redistributivas dos *royalties* e (2) o regime jurídico do ICMS sobre as operações com petróleo, restando aos demais fundamentos atuarem como âncoras adicionais e importantes para a construção da pretensa tese de inconstitucionalidade da Lei nº 12.374/2012, no tema relativo à partilha dos *royalties*, a ser, ainda, dirimida no Plenário da Suprema Corte.

Estabelecidos os limites da discussão, passemos, agora, à análise da medida cautelar proferida pela Relatora para a referida ação constitucional, a Ministra

¹²⁸Acessado pelo link

Redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jss/consultaprocessualeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376, em 22.12.2020.

¹²⁹Acessado pelo link

Redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jss/consultaprocessualeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376, em 29.12.2020.

Cármem Lúcia, na tentativa de promover a necessária sindicância aos seus termos, institutos e fundamentos jurídicos utilizados.

E o que dizer acerca da decisão liminar proferida na aqui discutida ADI 4917? Vejamos.

Nada melhor para avaliar os possíveis rumos que deverá tomar a decisão final acerca da partilha dos *royalties* do petróleo gerados a partir da exploração *offshore*, do que começar a sindicância os termos da decisão liminar proferida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917, trazida à baila perante o Supremo Tribunal Federal, valendo-nos, para tanto, como método de abordagem, dos elementos da análise do discurso e do texto,” compreendendo-o como um modo de ação sobre o mundo e sobre os outros, prática e não uma representação do mundo, que se encontra numa relação dialética entre a prática e estrutura sociais, moldado e socialmente constituído” (COLARES, 2016).

Estão em discussão as ADIs 4.916 (Estado do Espírito Santo, em 15.03.2013); 4.917 (Estado do Rio de Janeiro, em 14.03.2013); 4.018 (Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e 4.020, em 15.03.2013) e 4.020 (Estado de São Paulo, em 15.03.2013), todas apensadas à ADI 4.917 e distribuídas por prevenção à Ministra Carmém Lúcia, que concedeu monocraticamente, em 18.03.2013, a medida cautelar requerida, para suspender os efeitos de vários artigos da Lei nº 9.478/97, alterados pela Lei nº 12.734/2012 e que produziram uma nova forma de rateio dos *royalties* da produção *offshore*, já que os *royalties* terrestres permaneceram da mesma forma como já definidos anteriormente (SCAFF, 2014).

Está em jogo aqui a decisão liminar proferida no bojo da ADI 4.917, seus argumentos, sua fundamentação e o(s) seu(s) reflexo(s) no âmbito das relações do pacto federativo, envolvendo todos os entes federativos nacionais e subnacionais interessados diretos nas consequências que vierem a resultar do deslinde dessa ação constitucional.

Não temos como objeto dessa discussão trazer à baila questões intrincadas que poderiam vir a ser suscitadas, a exemplo da (im)possibilidade da concessão cautelar monocrática, em sede de ADI, em face da reserva de plenário, até mesmo em razão do fato de que a Ministra Relatora, no caso em comento, proferiu tal decisão “ad referendum” do Plenário da Corte, restringindo-se o presente trabalho, pois, à simples análise da questão nos termos da fundamentação da decisão prolatada.

Convém destacar, para fins de situar a discussão, primeiramente, que “não é possível discutir fundamentação de decisões judiciais, sem entender de linguagem,” nos moldes referidos por Lúcio Grassi Gouveia (2020), a saber:

Fato é que, de há muito, a questão da fundamentação das decisões judiciais passa pela teoria da linguagem na medida em que já resta consolidada a ideia de que “não existe um mundo em si independente e desvinculado da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta, mas apenas o mundo e as coisas na linguagem, nunca em si, sendo a linguagem um pressuposto do conhecimento, de sorte que o ser humano só conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em seu intelecto, não havendo como enfrentar o direito fora dessa perspectiva”. Resta apreciar a análise das decisões judiciais a partir, dentre outros elementos, do fato de que “o juiz conhece e constroi mediante linguagem, restando claro que a única parte do seu raciocínio que se pode sindicair encontra-se ancorado na motivação, exigindo-se do julgador que exponha, assim, as nuances dos seus argumentos, para que as partes, os advogados, os demais magistrados e a própria sociedade possam ter a precisa ciência de que a decisão prolatada está adequada a parâmetros lógicos, muito embora não seja esse um elemento único da sua construção, não podendo, todavia, ser desprezado, nem esteja fundada em premissas juridicamente inaceitáveis, mas sim em uma construção que passa por princípios, regras e postulados normativos, que o próprio Código de Processo Civil muito bem os explicita, como são os casos apontados em seu Art. 489 e, sobretudo, o seu §1º. (GOUVEIA, 2020)

Isto posto, partamos para o estudo, sob o prisma da análise do discurso, da decisão liminar da lavra da Ministra Cármem Lúcia, em sede da ADI 4.917 para que, ao fim e ao cabo, possamos estabelecer parâmetros que apontem para possíveis soluções que poderão vir a promover o deslinde da matéria da distribuição dos resultados econômicos da produção do petróleo e, em especial, a partilha dos *royalties* derivados da produção *offshore*.

Em face da decisão liminar prolatada na referida ADI 4.917, concedida, afirma a Ministra Relatora, tendo em vista a “**urgência qualificada comprovada** no caso, dos **riscos objetivamente considerados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento**”, restaram suspensos os efeitos dos artigos “42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal nº 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.734/2012, ad

referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação”¹³⁰ (negritos nossos).

Para os fins do presente trabalho e tendo em vista a delimitação da discussão ora proposta, jungida tão somente aos limites da exploração de petróleo circunscrita ao ambiente *offshore*, posto que os *royalties* terrestres não constituem o grande ponto de toda essa discussão, a presente demanda tem o seu foco dirigido para os entes federativos nacionais e subnacionais, rotulados pelo legislador como Estados produtores confrontantes e Municípios afetados com as áreas de produção na plataforma continental e zona economicamente exclusiva, que entendem terem sido atingidos com a redução das receitas anteriormente definidas no bojo da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), alteradas pela nova regra definida no bojo da Lei nº 12.734/2012, relacionadas aos contratos já em curso e aqueles que vierem, desde então, a ser operados sob as regras dos contratos de concessão e partilha de produção.

Não há sequer o que discutir no tocante às regras do contrato de partilha de produção, aplicadas nas áreas do pré-sal, posto que a previsão desses *royalties* existia e passaram a ser definidas pelas regras da Lei nº 12.351/2010, que configuraram um acréscimo de receitas para os Estados produtores e confrontantes, que, no caso, nada teriam do que se queixar, posto que não podem ter perdido aquilo que não tinham (SCAFF, 2014).

Vale destacar, dentre outros, os artigos da Lei nº 12.734/2012 que tiveram suspensos os seus efeitos, por força da decisão liminar da lavra da Ministra Carmem Lúcia, e que repercutem os seus efeitos no campo da produção *offshore*, a saber:

“Art. 42-B. Os royalties devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma:

I-

II - quando a produção ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva: (negrito nosso)

- a) 22% (vinte e dois por cento) para os Estados confrontantes;
- b) 5% (cinco por cento) para os Municípios confrontantes;

¹³⁰ Lei 12.734 de 2012, www.planalto.gov.br, acessado em 15.12.2020

- c) 2% (dois por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluído, na forma e critérios estabelecidos pela ANP (Agência Nacional do Petróleo);
- d) 24,5% (vinte e quatro e meio por cento) para constituição de Fundo Especial a ser distribuído entre Estados, Distrito Federal, de acordo com os critérios estabelecidos para a exploração terrestre, a saber:
 - 1. O rateio obedecerá às mesmas normas do Fundo de Participação dos Estados (FPE);
 - 2. Os Estados produtores e os confrontantes não estarão incluídos no rateio desse Fundo Especial;
 - 3. Os Estados produtores e confrontantes poderão optar por receber os recursos na forma desse Fundo, caso renunciem a receber os recursos que lhes cabe na qualidade de confrontante ou produtor;
 - 4. O saldo decorrente da exclusão dos Estados produtores e confrontantes será redistribuído aos demais, na mesma proporção do FPE (Fundo de Participação dos Estados).
- e) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
- f) 22% (vinte e dois por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

Art. 48. A parcela do valor dos royalties, previstos no contrato de concessão, que representar 5% (cinco por cento) da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios:

.....

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva: (grifo nosso)

- a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes;
- b) 17% (dezessete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986;
- c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
- d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
- e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
- f) 20% (vinte por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo. (BRASIL, 2012)

Assim, com o deferimento da cautelar, restou suspenso o modelo de distribuição dos *royalties* do petróleo derivados da exploração *offshore*, nas bases definidas pela Lei nº 12.734/2012, cuja diagramação passou a atender a todos os entes federativos nacionais e subnacionais e não apenas os ditos Estados Produtores (Confrontantes) e os Municípios afetados, em face da criação de um Fundo Especial

da União e da distribuição comum dos seus recursos entre todos os entes federativos da República, conforme balizas que o próprio legislador as definiu.

Busca-se, no presente caso, analisar a decisão em comento a partir da ideia da linguagem “na” justiça, quando o que se levará em conta é o reflexo que as unidades linguísticas coletadas no contexto da decisão em comento apontam, como unidades pragmáticas, na integração do processo de produção de sentido (COLARES, 2016, p. 241).

Os argumentos da decisão liminar suspensiva, monocrática e de caráter cautelar, deferida “ad referendum” do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da lavra da Ministra Carmem Lúcia, na ADI 4.917, em 18.03.2013¹³¹, evidenciam os seguintes destaques, a saber:

Em primeiro lugar, a Ministra Carmem Lúcia lança mão de elementos, tais como, a “(1) **urgência qualificada comprovada** no caso, dos (2) **riscos objetivamente considerados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos**, (3) **de difícil desfazimento**”, (negrito nosso) e que serviram de ponto de partida para a conclusão da necessidade de suspender os efeitos dos artigos “42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal nº 9.478/97.

Ora, partindo da constatação de que o processo é, antes de tudo, dialético, no qual o papel das partes torna-se preponderante, dentro das balizas do contraditório substantivo, percebe-se, a princípio, que certas colocações da Ministra Carmem Lúcia são afirmativas retóricas e que, a princípio, não levam em consideração o contexto pragmático dos graves efeitos econômicos que, se de um lado, contempla uma parte, desatende a outra, tudo dentro de uma perspectiva onde somente um lado da demanda tem os seus pretensos direitos assegurados (e aqui convém destacar que a decisão cautelar em comento, que data de 18.03.2013, está até à presente data, sem solução no que diz respeito ao mérito).

Argumenta a Relatora que:

¹³¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 15.03.2013, contra as novas regras de distribuição dos *royalties* e participações especiais devidos pela exploração do petróleo, introduzidas pela Lei 12.734/2012. Acessado por meio do link:

Examino o requerimento de medida cautelar para **suspender os efeitos** dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50, § 2o.; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei n. 9.478/97, alterados pela Lei n. 12.734/2012, até o julgamento de mérito da presente ação, **em razão da qualificada urgência alegada e demonstrada pelo Autor**. É a comprovação desta urgência qualificada que impede o aguardo de sessão previamente agendada para o exame da cautelar requerida, pelo Plenário deste Supremo Tribunal, em regular processamento das fases da presente ação. **A alegada urgência pode ser fácil e claramente demonstrada pela possibilidade ou probabilidade de imediata aplicação das novas regras** no cálculo e na entrega dos valores devidos a Estados Federados e Municípios e com os quais contam essas pessoas políticas para o desempenho de suas atividades e para a prestação dos serviços que lhes são constitucionalmente cometidos.

Embora não expresso na peça inicial, tem-se desde a previsão do art. 8º da Lei n. 7.990/1989, alterada pela Lei n. 8.001/1990, que “o pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal”. A Lei n. 9.478/1997 trouxe comando normativo expresso sobre o pagamento de royalties, em seu art. 47: “Art. 47. 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”. Em 1998, o Decreto 2.705 definiu, em seu art. 11: “Art. 11. Os royalties previstos no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, **e serão pagos mensalmente**, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.” **A previsão legal quanto à periodicidade do pagamento e a necessidade de se conferir certeza às diferentes pessoas da Administração Pública da União, dos Estados e dos Municípios quanto aos efeitos das normas e aos comportamentos a serem adotados, os valores a serem entregues e a quem, segundo quais regras jurídicas, qualifica a urgência do exame e da decisão sobre a medida cautelar suspensiva dos efeitos dos dispositivos legais promulgados em 15.3.2013.** (negrito nosso) (STJ, 2013)

Ou seja, a Ministra Relatora, inicia a sua fundamentação da cautelar, no final deferida, discorrendo sobre preceito indeterminado, qual seja “**a qualificada urgência alegada e demonstrada pelo Autor**”, chamando para si, um dado que sequer consta da petição inicial da presente ação constitucional – “**a regra de pagamento mensal dos royalties**” prevista pelo legislador infraconstitucional e que poderia potencialmente, segundo palavras da própria Ministra Relatora, criar prejuízos aos

entes federativos supostamente credores dessas receitas, na hipótese da aplicação iminente da nova legislação de regência (Lei nº 12.374/2012).

Ainda que tal argumento fosse admitido como válido, não se poderia ter deixado simplesmente a decisão da suspensão dos efeitos da legislação questionada, sem que os valores das receitas de royalties não fossem devidamente caucionados até decisão final da referida ação constitucional, sob pena de criar para o restante dos entes federativos que atualmente, até que se julgue em contrário, são titulares de direito subjetivo à percepção dos royalties advindos da produção offshore, um prejuízo irreversível e de remotíssima possibilidade de reversão.

No encaminhamento de sua fundamentação, aduz a Ministra Relatora o seguinte:

Na presente ação direta de inconstitucionalidade, o Autor afirma ter sido desobedecido o princípio federativo ao se estatuírem as novas regras que alteraram os critérios de fixação de valores a serem pagos aos Estados e Municípios, em cujos territórios se tenha a exploração de petróleo ou cuja área marítima seja confrontante com o território da pessoa política. **Na argumentação do Autor, a atuação do poder legislativo nacional – possível na matéria e para o caso – teria inobservado os limites constitucionais:** a) ao determinar critérios determinantes de compensação a todos os Estados e Municípios, **sem considerar a natureza indenizatória dos royalties**, do que decorre que aquele que não sofre danos não tem direito a receber para permanecer indene (não há o que indenizar); b) retirando dos Estados e Municípios recebedores, por direito - segundo alegação posta na peça inicial da ação -, valores que lhes são devidos para serem repassados a quem não dispõe do direito constitucional a esse recebimento; c) ao provocar ou permitir o enfraquecimento de algumas entidades federadas em benefício de outras, em afronta às normas constitucionais (máxime ao regime fixado a partir das balizas definidas nos arts. 20, § 1º e al. b do inc. X do § 2º do art. 155 da Constituição), o que agrediria o princípio federativo, em sua formulação constitucional, não podendo ele ser alterado pelo legislador ordinário; d) ao definir a retroação dos efeitos das regras expressas no diploma legal, exigindo-se a sua aplicação aos ajustes e concessões levadas a efeito sob a égide de normas antes vigentes, afrontaria os princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica, pelo que também por isso não poderiam as normas impugnadas prevalecer; e) também teriam sido atingidos os princípios constitucionais da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva. (negrito nosso) (STJ, 2013).

Resta claro, dos aspectos levantados ao longo da fundamentação produzida pela Ministra Relatora para sustentar a sua decisão cautelar, o seu pronto convencimento quanto a admissibilidade de alguns pontos destacados da postulação do Autor, a saber: (1) o comprometimento do pacto federativo na medida em que o legislador, atuando dentro dos seus limites legítimos (segundo palavras da própria

Ministra Relatora, “**possível na matéria e para o caso**”) teria ultrapassado os **limites constitucionais** ao redistribuir de forma indevida direitos constitucionalmente assegurados aos Estados e Municípios afetados, de acesso aos *royalties* advindo da produção em seus próprios territórios ou em áreas da plataforma continental e da zona econômica exclusiva confrontantes a esses mesmos territórios estaduais e municipais, (2) sem considerar a natureza indenizatória dos *royalties* e (3) finalmente, atuando na direção contrária ao fixado no texto constitucional (Art. 155, §2º, X, b, da Constituição Federal de 1988) a respeito da alteração do regime jurídico do ICMS envolvendo as operações de petróleo, sem levar em conta, pois, na mudança do critério do recolhimento do tributo na origem, para o seu recolhimento no destino, a funcionar como uma contrapartida pela perda dos *royalties* por parte da maioria dos entes federativos nacionais e locais e sua concentração em apenas três entes federativos, Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo.

Cabe esclarecer que a atuação do legislador federal (Lei nº 12.734/2012) foi apenas no sentido de promover uma redistribuição dos *royalties* entre todos os entes federativos do Estado brasileiro.

Em nada, tal medida causa qualquer tipo de comprometimento das balizas constitucionais, previstas expressamente no §1º, do Art. 20, que assegura a Estados e Municípios, indistintamente, a distribuição dos *royalties* da União quando a produção ocorrer (1) nos seus respectivos territórios (caso da exploração e produção na área continental) e (2) nas áreas oceânicas do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (caso da exploração e produção *offshore*).

Tampouco, não se poderia trazer à baila, sem que fosse necessária toda uma “ginástica interpretativa”, a questão da alteração do regime de recolhimento do ICMS incidente sobre as operações interestaduais de petróleo.

Cabe destacar que no encaminhamento das ideias para consagrar a necessidade da concessão da medida cautelar postulada pelo Autor da ADI, a Ministra Relatora elenca algumas ponderações que também merecem destaque, a saber:

As razões expostas na petição inicial, fundadas na jurisprudência deste Supremo Tribunal, denotam a densa plausibilidade da alegada inconstitucionalidade de algumas das novas regras legais, especialmente aquelas promulgadas em 15.3.2013, modificando-se critérios de pagamento de *royalties* e de participações dos Estados e dos Municípios “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. (grifo nosso) STJ, 2013)

Observa-se, de pronto, que as ponderações da Ministra Relatora, ao tempo em que adentra ao mérito, aprecia a questão posta, a da inconstitucionalidade de alguns artigos da lei impugnada (Lei nº 12.734/2012), passando, em conclusão, a admitir em princípio o pretense vício, valendo-se, todavia, de preceito indeterminado, qual seja a da “**densa plausibilidade**”, como antes referido, sem explicitar o que isso, ao fim e ao cabo, do ponto de vista da linguagem, poderia significar.

Na continuidade, a Ministra Carmem Lúcia, prossegue reunindo argumentos para alicerçar e fundamentar a sua decisão, partindo, no caso, da apreciação do normativo central em discussão que é o §1º, do Art. 20, da Constituição Federal de 1988.

No caso, afirma a Ministra Carmem Lúcia, a suspensão dos efeitos da aplicação imediata das regras de divisão dos *royalties* impugnada na ADI 9.417, deve levar em consideração o fato de que:

O § 1º do art. 20 da Constituição brasileira compõe-se com outras normas que delineiam o modelo federativo adotado, garantindo-se a autonomia das entidades federadas, dotadas de competências próprias e recursos correspondentes às atribuições que lhes são definidas. (STJ, 2013)

A primeira observação na construção argumentativa da decisão aqui analisada coloca o seu foco no aspecto federativo do Estado brasileiro, com destaque para as variáveis autonomia, competência, recursos e atribuições dos entes federativos como pontos de destaque, sem o que, sugere a Ministra Carmem Lúcia, restará comprometido o próprio modelo federativo e sua tipificação.

Ora, tal afirmativa, salvo melhor juízo, de forma alguma ampara a tese que impugna os dispositivos que a Lei nº 12.734/2012 traz à baila, fato que em si mesmo não compromete em nada o caráter federativo do Estado Brasileiro, ao contrário, somente o reforça.

A simples leitura do §1º, do Art. 20, da Constituição Federal de 1988, é claro no sentido de que: “É assegurada, **nos termos da lei**, aos Estados, ao Distrito Federal

e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação 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”, configurando uma norma cuja eficácia depende de lei.

E lei é o que temos, no momento.

Refiro-me às Leis nºs 9.478/97 e 12.351/2010, com as alterações da Lei nº 12.734/2012, que configurou novo regime de distribuição dos *royalties*, reduzindo parcelas dos entes nacionais e subnacionais na exploração *offshore*, já que os *royalties* terrestres permaneceram sem qualquer alteração, mas nem por essa razão é menos constitucional do que as regras que amparavam o regime anterior.

Na verdade, a Ministra Relatora promove uma leitura literal do texto constitucional do §1º, do Art. 20, da Constituição Federal, uma clara norma de efeito limitado, impondo ao legislador infraconstitucional um ônus que o constituinte originário em nenhum momento definiu.

Admitir a “compensação” ou a “participação nos resultados” dos entes federativos produtores ou confrontantes com a produção em seus territórios é algo que não se pode deixar de lado.

E fique claro que o legislador federal não os deixou, apenas reordenou a participação desses entes, dando força ao pacto federativo.

Por outro lado, não há falar de território dos Estados e Municípios no espaço do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, assunto já discutido anteriormente, nesse nosso texto de tese de doutorado, a menos que se enfrente o sistema caótico da projeção geodésica dos limites territoriais dos entes federativos subnacionais e locais, discussão que já tivemos a oportunidade de enfrentar aqui nesse texto de tese.

Aceitar, igualmente, a participação desses entes federativos e não somente esses, mas todos os demais, quando a produção de óleo e gás vier da plataforma continental ou da zona econômica exclusiva é algo que não se pode negar, sobretudo quando se leva em conta que tal problema é uma questão própria dos grandes temas federativos.

Seria de se perquirir até que ponto e em que medida, as alterações do novo regime de distribuição de *royalties*, que altera a terminologia de Estado produtor (pois produtor não é), para Estado confrontante e Municípios confrontantes e afetados,

traria impactos na estrutura dos entes federativos, inibindo a sua autonomia e limitando os seus **recursos** financeiros e as suas competências.

Isso só seria possível se estivéssemos lidando com receitas originárias dos Estados e Municípios e esse não é o caso, posto que lidamos com receitas originárias dos Estados e Municípios, sim, mas redistribuídas de receitas patrimoniais originárias da União, a quem pertence, de forma exclusiva, saliente-se, os bens naturais (inclusive o petróleo, por óbvio), a quem cabe o direito de repartir os *royalties* advindos de sua produção.

A Constituição de 1988 entronizou os Estados e Municípios na condição de titulares de direito subjetivo à percepção dos *royalties*, tanto os terrestres, como os marítimos, - sim, de fato - mas em momento algum definiu o modelo dessa divisão, deixando tudo a cargo do legislador federal.

E, convenhamos, o legislador não pode, como de fato não fez, dizer mais ou menos do que aquilo que restou especificado no texto constitucional pelo legislador constituinte originário.

Mas como cogitar de receitas originárias, no caso, dos Estados confrontantes e Municípios confrontantes e afetados, quando a exploração de óleo e gás natural ocorre na plataforma continental, espaço territorial ao qual somente tem acesso e legisla a própria União?

Resta claro que nem o §1º, do Art. 20, da Constituição de 1988, nem, igualmente, as outras normas e dispositivos do sistema, como sugeridos, todavia não discriminados especificamente pela Ministra Carmem Lúcia, apontam para o caráter irrevogável do regime de distribuição dos *royalties*, que convenhamos, são da União, competindo ao legislador federal decidir o que, como e quando deverá ser feita a modelagem do plano de distribuição, tendo em vista as circunstâncias do momento e os objetivos de justiça distributiva.

E convém perceber, tais medidas normativas de alteração do regime jurídico de exploração, bem como o de novos formatos de distribuição dos *royalties* do petróleo, não ocorreram apenas agora, mas como já tivemos a oportunidade de referir, ocorreram por mais de uma vez, desde a criação da Petrobras, até os dias de hoje e nem por isso se pode afirmar qualquer comprometimento do arcabouço federativo do Estado brasileiro.

Portanto, a análise da argumentação da Ministra Relatora, não nos permite afirmar que tenha ocorrido, a partir da concretização do novo regime de divisão dos

royalties, embasada na Lei nº 12.374/2012, nem o comprometimento do atual modelo federativo, nem, também, a perda da autonomia ou de recursos derivados de receitas originárias de quaisquer dos entes federativos regionais e locais brasileiros.

Portanto, entendemos que a argumentação da Ministra Carmem Lúcia nesse primeiro momento das suas ponderações sobre o assunto da decisão liminar referida está vasada em premissas pouco claras e por vezes fundadas em conceitos indeterminados.

Continuando, afirma a Ministra Carmem Lúcia,

.....

A autonomia das entidades federadas é o sinal federativo constitucionalmente fixado. Sem autonomia não há federação. E a autonomia é espaço próprio de competências sob favoráveis condições jurídicas, políticas e financeiras garantidas para o desempenho dos serviços públicos atribuídos a cada qual das entidades, (...) ¹³² (STJ, 2013)

Mais uma vez, é salientado o sinal federativo constitucionalmente definido das entidades federadas, qual seja, o caráter da autonomia como elemento fundante desses mesmos entes, de onde surgem, à luz da argumentação da Ministra Carmem Lúcia, os espaços definidores de competências que, possibilitam, ao fim e ao cabo, a efetivação dos serviços públicos a cada um desses entes atribuídos.

Novamente, as assertivas trazidas pela Ministra, de modo algum servem de sustentação aos argumentos até aqui esgrimidos na tentativa de justificar a suspensão dos efeitos dos artigos impugnados na referida ADI 4.917, pois de nenhuma forma a alteração no modelo de distribuição dos *royalties*, da titularidade da União, tem o condão de comprometer o quadro da estrutura federativa, promover o cerceamento da autonomia e atuar de forma imprópria na retirada dos recursos de nenhum desses entes federativos.

Seria de se indagar se estaria comprometida no plano federativo a atuação desses entes nacionais e locais, a partir da repercussão prática dos artigos da lei impugnada em sede de ADI, posto que não se estaria agredindo a direito próprio dos

¹³² Item 21 da decisão na ADI 4917, STF, Ministra Carmem Lúcia, acessado por meio do link

entes federativos regionais e locais advindos de receitas originárias desses respectivos entes.

No sequenciamento dos argumentos, a Ministra Carmem Lúcia, ainda expõe, o seguinte:

“Algumas entidades federadas – Estados e Municípios -, em cujo território se tenha a exploração de petróleo ou gás natural ou que seja confrontante com área de exploração foram resguardadas constitucionalmente na participação dos recursos decorrentes daquela atividade.” (negrito nosso) STJ, 2013)

O raciocínio argumentativo da decisão continua, por sua vez, destacando a ideia da discriminação entre entidades federadas – Estados e Municípios, ou seja: **“algumas entidades federadas”** – **em cujos territórios se tenha efetivado a operação de exploração ou que sejam confrontantes em relação a tais espaços**, ou seja, ressaltando a divisão entre atividades de exploração na área continental e operações no ambiente *offshore*.

Novamente, estamos diante de duas assertivas complicadas.

A primeira sobre a territorialidade dos trabalhos de exploração e a segunda fundada na noção de entes confrontantes.

A primeira é mais fácil de ser refutada, pois tratando-se de exploração *offshore* não há falar em espaço de titularidade dominial dos entes federativos regionais e locais, premissa que se adotada seria totalmente contrária, agora sim, com dispositivos da própria Constituição que coloca os bens minerais do solo, subsolo, da plataforma continental e zona econômica exclusiva no âmbito da titularidade dominial da União, como pode ser conferido na dicção do Art. 20 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, a própria previsão dos direitos dos entes federativos nacionais e subnacionais, seja na condição de confrontantes ou da suposta condição de titulares do espaço territorial, quando a exploração ocorrer nos domínios marinhos, não faz qualquer sentido e nem os coloca na condição de poderem fazer jus à compensação e à participação nos resultados da exploração de óleo e gás natural, de forma exclusiva e imutável.

Voltamos, por oportuno, a bater na tecla da natureza das receitas em jogo e resta claro que não estamos no campo das receitas originárias, considerando os

Estados e Municípios, mas sim no campo das receitas originárias da União, distribuídas para Estados e Municípios (BERCOVICI, 2011)¹³³ conforme previsão constitucional, mas sempre atrelado ao esquema legal do legislador federal, que não pode ficar refém dos entes federativos regionais e locais nesse mister, ainda que se leve em conta as ideias de **territorialidade** da exploração e da situação de ser **confrontante** com espaços nos quais ocorra a produção.

Portanto, mais uma vez, a justificativa da decisão é, *permissa máxima vênia*, insustentável.

Prossegue a Ministra, no seu afã de fundamentar a sua decisão liminar, trazendo à baila que:

.....

O disposto no § 1º do art. 20 da Constituição brasileira **definiu direito público subjetivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à 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**. (STJ, 2013)

A afirmação da configuração de direito público subjetivo conferido aos Estados, Municípios e órgãos da Administração Pública, nos moldes definidos no §1º, do Artigo 20, da Constituição Federal de 1988, embora correta e aceitável, discrepa da afirmativa anterior da Ministra Carmem Lúcia, de que:

Algumas entidades federadas – Estados e Municípios -, **em cujo território** se tenha a exploração de petróleo ou gás natural ou que **seja confrontante com área de exploração** foram **resguardadas constitucionalmente** na participação dos recursos decorrentes daquela atividade.” (negrito nosso) (BRASIL, 1988)

De forma alguma tal assertiva pode ser levada em consideração pois não há qualquer amparo constitucional na assertiva da Ministra Carmem Lúcia, limitando a participação dos resultados econômicos da exploração tão somente a alguns Estados

¹³³ Conforme observações retiradas de texto doutrinário de Gilberto Bercovici.

e Municípios e não a todos, como define o legislador infraconstitucional da lei atualmente contestada em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Se tratarmos por esse viés, o de fundo constitucional, veremos da leitura rasa do texto literal do §1º, do Artigo 20, da Constituição Federal, que **todos** os Estados e Municípios e não apenas “**algumas entidades federadas**”, foram aquinhoados com essa benesse de participação nos resultados econômicos da exploração de óleo e gás natural advindos da produção no ambiente *offshore*, mas não só nesse ambiente, não se podendo sequer admitir como fundamento para tal participação uma variante indenizatória, mas sim algo que fluiu da vontade do legislador infraconstitucional (LOUREIRO, 2012).

O discrimine, pois, não é de fundo constitucional, mas de uma opção política do legislador federal, que atuou, de forma legítima, sem reparos, na definição de um novo regime de distribuição dos royalties econômicos da produção offshore.

Na continuação dos argumentos, propõe a Ministra que:

.....

Afirma-se direito público subjetivo constitucionalmente definido pelo uso da locução inicial da regra “é assegurada participação ou compensação (...)”¹³⁴

.....

“Assim, o Estado e o Município, em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), titulariza o direito assegurado na regra constitucional (...)”¹³⁵ (STJ, 2013)

¹³⁴ Item 25 da decisão na ADI 4917, STF, Ministra Carmem Lúcia, acessado por meio do link <https://nam03.safelinks.protection.outlook.com/?url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2FpeticaoInicial%2FverPeticaoInicial.asp%3Fbase%3DADI%26documento%3D%26s1%3D4917%26processo%3D4917&data=02%7C01%7C%7C37fdb386e9943f54af008d828507179%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637303673245061462&sdata=fGKQdoBTSUqvbU9TX5ivrvD8W7iTuf4Td6auvw78Q7A%3D&reserved=0> no site stf.jus.br, em 14.06.2020.

¹³⁵ Item 26 da decisão na ADI 4917, STF, Ministra Carmem Lúcia, acessado por meio do link <https://nam03.safelinks.protection.outlook.com/?url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2FpeticaoInicial%2FverPeticaoInicial.asp%3Fbase%3DADI%26documento%3D%26s1%3D4917%26processo%3D4917&data=02%7C01%7C%7C37fdb386e9943f54af008d828507179%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637303673245061462&sdata=fGKQdoBTSUqvbU9TX5ivrvD8W7iTuf4Td6auvw78Q7A%3D&reserved=0> no site stf.jus.br, em 14.06.2020.

Novo equívoco, pois embora a assertiva não esteja errada, ela não traduz um preceito exclusivo reservado apenas a alguns entes federativos, ou seja, o direito de participação nos resultados econômicos da exploração e produção de óleo e gás natural é uma previsão geral do sistema.

Ao afirmar tal direito e fazer referência a “respectivo território” ou “plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva”, o legislador constituinte está, na verdade, fazendo referência a dois tipos de produção, a saber: continental e marinha, tudo dentro do balizamento político do legislador federal, sem discriminar, em face de sua nova opção política, nenhum ente federativo.

Não se trata de uma escolha, desse ou daquele ente federativo que será ou não beneficiado, pois independentemente do espaço territorial no qual a operação de produção esteja sendo desenvolvida, seja ela, pois, continental ou *offshore*, o direito dos entes federativos nacionais e subnacionais estará garantido, ou seja, a participação nos *royalties* será devida, por desiderato constitucional próprio, de forma igualitária.

Portanto, o argumento da Ministra Carmem Lúcia é um daqueles que se prestaria para fundamentar qualquer outra tese, no que entendemos existir aqui um claro comprometimento ao inciso III, do §1º, do Artigo 489 do Código de Processo Civil, restando reduzido o dever de fundamentar, pedra angular do sistema processual vigente, que impulsiona o julgador no sentido de promover uma fundamentação válida e legítima das decisões judiciais e que exige sintonia com os princípios e regras do sistema jurídico.

Em tom de arremate, complementa a Ministra Carmem Lúcia que:

O direito de Estados e Municípios, a ser exercido nos termos da lei, não pode ser porta de entrada para o seu amesquinamento pelo legislador, não se podendo permitir seja esse direito constitucionalmente estabelecido mais formal que real, ainda que o objetivo tenha sido o de angariar novos recursos às demais entidades federadas, igualmente necessitadas de novos aportes para fazer face às demandas sociais (STF, 2013).¹³⁶

¹³⁶ Item 31 da decisão na ADI 4917, STF, Ministra Carmem Lúcia, acessado por meio do link

O teor conclusivo da decisão nos remete para a percepção de que a Ministra nos revela que a sua medida cautelar foi toda pautada tomando como base as suas posições pessoais, pois não há suporte, nem constitucional, nem legal que permita tal tipo de conclusão.

Na decisão liminar a Ministra Relatora deferiu a medida cautelar, acolhendo o argumento autoral e consagrando aos Estados produtores de petróleo ou confrontantes às áreas de produção, e bem assim os Municípios afetados, a titularidade de direitos fundamentais, sobretudo aquele que define o direito fundamental à autonomia federativa.

Mas em que momento o texto constitucional do §1º, do Artigo 20, da Constituição Federal e os normativos da Lei nº 12.734/2012 apontam para algum limitador do processo de distribuição dos *royalties* advindos da produção de petróleo e gás natural no ambiente *offshore*, seja quando o regime jurídico aplicável for pautado pelo contrato de concessão ou pelo contrato de partilha?

Em nenhum momento, disso não há dúvida.

Na exploração *offshore* e nas áreas pautadas pelo contrato de concessão, as normas da Lei nº 12.734/2012 trouxeram alterações, com claras reduções nos percentuais dos *royalties* a serem distribuídos entre os entes federativos regionais e locais, prevalecendo, todavia, a tese de que a União, detentora dos *royalties*, mantém o direito de promover, respeitadas as balizas constitucionais acima comentadas, a distribuição dos *royalties* da forma como determinar o legislador federal.

Por outro lado, na exploração *offshore* e nas áreas pautadas pelo contrato de partilha de produção, nenhuma perda pode ser alegada, pois trata-se de situação nova, que somente passou a existir a partir do advento do pré-sal, havendo, pois, ganhos para os Estados produtores e confrontantes e Municípios confrontantes e afetados.

E finalmente, os argumentos relacionados com a perda da receita tributária do ICMS incidente nas operações interestaduais de petróleo e gás natural, em face da mudança do regime de cobrança na origem para a cobrança no destino (Art. 155, §2º, X, b, da Constituição Federal de 1988), como contrapartida para o pretensão direito de auferir de forma concentrada os *royalties* derivados da produção *offshore*, por parte tão somente dos Estados produtores e confrontantes e dos Municípios confrontantes ou afetados, não se sustentam, pois se tal ajuste realmente existiu ele não encontra

registro e assento de forma objetiva no texto consolidado da Constituição da República.

É claro que as normas definidas pelo legislador federal ora impugnadas, abriu um outro olhar no sistema de distribuição dos *royalties*, lançando mão de um método de distribuição direta e outro de distribuição indireta atrelada ao Fundo Especial da União e repartido com os Estados e Municípios segundo as novas pautas legais e dentro de parâmetros de discricionariedade legítimos postos em ação por parte do legislador e fruto de sua nova opção política, que em nada afronta o desiderato do legislador constitucional que regulou as balizas centrais concernentes à matéria.

As discussões posta nessa ADI 4.917/1997, caso sejam decididas como improcedentes, prevalecendo o novo marco da partilha dos royalties definidos pela Lei nº 12.734/2012, constitui, no presente momento do estado da arte, o ponto de destaque, cujo desate poderá estabelecer uma moldura importante em torno da matéria, vindo a impactar, profunda e negativamente, os interesses de alguns Estados da Federação, tidos equivocadamente como produtores, abrindo um cenário diverso, embasado em outro tipo de entendimento e argumentação, a partir de uma nova lógica, pautada pela premissa de que “poucos devem perder para que muitos possam ganhar”.

5.4 CONCLUSÕES

- a) O tema dos royalties do petróleo é questão antiga que antecede até mesmo a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97);
- b) Inúmeras divergências acerca da questão da distribuição dos royalties, mormente aqueles decorrentes da exploração marítima, levou à judicialização do tema, nessa última quadra de alteração legislativa, relativa à Lei nº 12.374/2012;
- c) A ação direta de inconstitucionalidade, que aguarda, desde 2012, o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, teve como medida inicial a concessão de liminar que, ao fim e ao cabo, gerou a suspensão de dispositivos que atribuíam um novo modelo de distribuição dos *royalties* marítimos do petróleo, com benefícios aos Estados e Municípios,

independentemente de sua situação geográfica em relação aos campos de exploração de óleo e gás natural;

d) A discussão que levou a Ministra Relatora para o processo (Ministra Carmem Lúcia) a proferir medida liminar ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao tempo em suspendeu os efeitos de dispositivos que passaram a regular o novo modelo de distribuição dos royalties marítimos de petróleo e gás natural, ressaltou o direito subjetivo dos Estados e Municípios produtores e confrontantes, apontando que admitir a constitucionalidade dos dispositivos da nova Lei nº 12.374/2012, geraria um grave impacto ao Princípio Federativo, além de comprometer rendas já asseguradas pela legislação revogada aos ditos Estados e Municípios produtores e confrontantes;

e) Os argumentos esgrimidos pela Ministra Relatora estão longe de acomodar de forma racional e lógica a questão trazida pelo novo modelo pautado pelos normativos da Lei nº 12.374/2012;

f) Na verdade, os argumentos da liminar concedida na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, tentam aprisionar o legislador federal infraconstitucional, que recebeu a competência de regular a matéria, por força da norma do Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988;

g) Não se pode deixar de admitir que a norma do Art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988, define direito subjetivo aos Estados e Municípios a se beneficiarem dos royalties da exploração marítima do petróleo e gás natural, obtidos dos trabalhos de produção no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, seja pela participação nos resultados da exploração ou na compensação financeira por essa mesma exploração;

h) Cabe ressaltar, todavia, que tais direitos subjetivos assegurados constitucionalmente aos Estados e Municípios, no âmbito da exploração marítima de petróleo e gás natural, carecem de regulamentação pelo legislador federal infraconstitucional;

i) A norma do Art. 20, § 1º da Carta da República de 1988 é uma daquelas do tipo de eficácia limitada, ou seja, apenas terá eficácia imediata na medida em que for regulamentada pelo legislador infraconstitucional e no caso em comento, tal regulamentação existiu por meio da Lei nº 9.478/1997, posteriormente pela Lei nº 12.351/2010 e, finalmente, pela Lei nº 12.374/2012.

j) Em todas as situações tivemos alterações nos modelos utilizados;

- k) O que resta desmedido é admitir como regra de interpretação a impossibilidade de que o legislador possa alterar a sua visão no que tange ao modelo de distribuição dos royalties, mantendo o direito subjetivo dos entes federativos subnacionais e locais, como garante o legislador constitucional, mas alterando o modelo de distribuição nos seus parâmetros básicos;
- l) Não seria crível, igualmente, concluir que a modificação do modelo de distribuição dos royalties, mantidos os direitos constitucionais consagrados, possa ferir o princípio do federalismo, comprometer o pacto federativo e impactar o princípio da autonomia financeira que rege a vida dos entes federativos já referidos.

CONCLUSÕES

Da discussão até aqui produzida e com base nos elementos coligidos durante a pesquisa, dentro do enfoque que envolve a exploração e produção de petróleo no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, com especial atenção para a área do pré-sal, foco central do nosso trabalho, é possível apontar destacadas conclusões sobre o tema dessa tese de doutorado.

Restou patente que estamos diante, de fato, de uma questão da estatura reservada aos grandes temas federativos, que apresenta um forte componente econômico, envolvendo um componente político muito claro e que é açodado na medida em que os conflitos e tensões de natureza federativa acontecem, impactando, assim, os entes federativos de um modo geral, concentradas, todavia, nos entes federativos subnacionais e locais.

A discussão que envolve a partilha dos vultuosos resultados econômicos decorrentes da exploração do ambiente geológico do Pré-sal e que impactam a relação de equilíbrio distributivo que deve prevalecer, considerada a questão essencial do modelo federativo de definição de competências, entre a União, Estados e Municípios, não admite outra abordagem, a não ser aquela pautada pela justiça distributiva intergeracional.

Mais do que considerar a existência de direitos subjetivos dos entes federativos subnacionais e locais à percepção dos royalties do petróleo há que se perquirir acerca de como esses resultados econômicos da produção de óleo e gás natural devem ser distribuídos.

Dentro do modelo de federalismo cooperativo, tônica da Constituição Federal de 1988, há que se analisar a questão da distribuição dos royalties marítimos do petróleo a partir da visão de múltiplos cenários, já que os modelos legais de remuneração dos resultados econômicos da exploração de óleo e gás, não apenas estão vinculados ao aspecto da situação geográfica e do ambiente geológico das reservas, mas, igualmente, são resultado do modelo contratual de exploração adotado

pois, como restou demonstrado à exaustão, todas essas variáveis implicam diretamente na modulação da fórmula de distribuição definida pelo legislador.

A questão dos *royalties* do petróleo deve ser sempre analisada a partir dos elementos intrínsecos que envolvem esse bem natural, a saber: (1) sua rigidez locacional, (2) seu caráter de bem finito e (3) a sua condição de bem não renovável, pois o conjunto desses elementos intrínsecos são, em certa medida, o móvel para a análise da aplicação dos fundamentos da justiça distributiva intergeracional, considerando que os benefícios advindos da exploração e produção de petróleo deve não apenas assegurar benefícios para as atuais gerações, mas também as gerações futuras.

Convém notar que as discussões desenvolvidas na literatura sobre o tema da distribuição dos royalties do petróleo no Brasil, de forma quase unânime, partem dos argumentos acerca da posição geográfica em que se dá a exploração de óleo e gás, elemento marcante da territorialidade, a titularidade do bem explorado, como patrimônio da União, os vários ônus que são suportados pelo entes federativos subnacionais e locais que, em certa medida, estão direta ou indiretamente impactados em face das atividades da exploração, os riscos ambientes potenciais gerados pela atividade de exploração de óleo e gás e a natureza não-renovável desses recursos naturais, sem falar da necessidade de recomposição de receitas por meio da percepção de parcela dos royalties.

Claro que tais argumentos são todos importantes, quando se analisa a atividade da exploração de petróleo de um modo geral.

Contudo, quando voltamos os olhos para a exploração em ambiente da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, alguns desses argumentos perdem um pouco de sua importância e consistência.

Pois bem, o caráter territorial desses recursos constitui um deles, pois a definição do que constitui patrimônio da União, expressamente prevista no texto constitucional de 1988, nos termos do seu Artigo 20, embora não deixe margem à dúvida dessa condição da propriedade em face dos recursos minerais e naturais (renováveis ou não), não é determinante para a definição da titularidade dos royalties.

Longe disso, pois uma coisa é o domínio da propriedade do bem explorado e outra coisa, bem distinta, é a distribuição dos *royalties* e o direito a sua percepção.

Uma coisa não se confunde com a outra e nem é determinante na questão da distribuição dos *royalties* o critério da territorialidade desses recursos.

Em outras palavras, a titularidade dos *royalties* do petróleo, especificamente considerada, independe do caráter territorial das reservas, pois seja nos territórios em que a União exerça soberania, seja nos espaços onde a União não exerça soberania (o caso da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, por exemplo), o direito aos *royalties*, como receitas patrimoniais originárias da União, aflora de modo inquestionável, ou seja, será sempre originariamente da União.

Fato é, que mesmo sem exercer a soberania no âmbito da plataforma continental e na zona econômica exclusiva, à União foi assegurada, por comando normativo da estatuta de Tratado Internacional (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982), a prerrogativa de explorar, de modo exclusivo, os recursos naturais, sendo a apropriação dos *royalties*, como receitas patrimoniais originárias da União, uma consequência natural.

Portanto, mesmo em situações em que a exploração de petróleo não se faz em áreas do território do Estado Nacional e em espaços geográficos nos quais a União não exerce soberania (plataforma continental e zona econômica exclusiva), a titularidade do bem permanece nas mãos da União e a questão dos *royalties* se impõe, como receita originária patrimonial da União, restando em outro plano de discussão a questão de sua distribuição.

Em outros termos, sendo os *royalties* receita originária e patrimonial da União, em qualquer situação, seja a exploração realizada em ambiente continental ou marinho da plataforma continental ou da área econômica exclusiva, espaços onde a União não exerce soberania, preservando, não obstante a titularidade do bem explorado, a sua distribuição em face dos entes federativos subnacionais e locais está ancorada no normativo constitucional do Art. 20, §1º, da Constituição Federal de 1988, que define um direito subjetivo dos referidos entes federativos à percepção dos *royalties*, nos termos definidos pela lei federal que regule a matéria, destacando duas

situações distintas, a primeira quando a exploração ocorrer na área continental, em que o critério da territorialidade se faz presente e a segunda quando a exploração se fizer na área da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, circunstância em que, mesmo sem a exploração ocorrer dentro dos territórios dos tais entes federativos, o direito à percepção dos royalties, atendendo ao critério da participação nos resultados da operação ou na compensação em face das atividades desenvolvidas lhes é assegurada.

O petróleo é bem da União e os *royalties* são a resposta em razão da exploração de um bem público, de caráter finito e não-renovável, da União, sendo os royalties, portanto, originariamente da União, sem que isso afete a questão da distribuição de parcelas dessa receita financeira originária e patrimonial da União para os entes federativos subnacionais e locais, cujo direito é assegurado aos entes federativos subnacionais e locais, independentemente de onde ocorrer a exploração, tudo em sintonia com as definições do legislador federal.

A questão da distribuição dos royalties, portanto, não é algo que deva ser discutida usando-se como argumento a titularidade dos bens explorados, pois essa será sempre da União, nem ao critério da territorialidade do bem pois seja a atividade de exploração desenvolvida em ambiente continental, ou, mais ainda, quando realizada no ambiente de plataforma continental ou zona econômica exclusiva, os bens, nem por isso, deixam a esfera originária do patrimônio da União, restando comprometida as discussões que partem desses argumentos para sustentar as teses da sustentação ou da negação do direito à percepção dos royalties do petróleo por parte dos entes federativos subnacionais ou locais.

Destaque-se, ainda, que o viés tributário e em especial o regime de cobrança no destino do ICMS em face das operações de destinação de petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos deles derivados não pode constituir uma moeda de troca para justificar a concentração da distribuição dos recursos provenientes dos royalties marítimos do petróleo, nas mãos dos ditos Estados produtores e confrontantes e os Municípios afetados.

Os quantitativos do ICMS, no caso da previsão do Art. 155, § 2º, X, b da Constituição da República, e aqueles relativos aos *royalties* do petróleo, em face da

exploração de óleo e gás natural desenvolvida no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva são extremamente díspares, no tocante à dimensão dos valores econômicos envolvidos.

Assim, a discrepância desses valores não permite que se possa estabelecer uma compensação minimamente justa, resultando claramente da adoção desse critério, numa perda para os entes federativos subnacionais e locais, que abrindo mão das receitas de royalties, passam a receber o ICMS, cobrado no destino, convenhamos, em quantitativos bem inferiores aos que poderia receber se o modelo fosse outro.

Tampouco, se pode argumentar acerca da necessidade da manutenção da regra da cobrança do ICMS no destino, impedindo ao legislador federal estabelecer critério novo de distribuição dos royalties, sob o argumento da quebra inconstitucional do pacto federativo.

Desse modo, não se pode colocar o legislador infraconstitucional, a quem cabe regulamentar, por expressa previsão constitucional (Art. 20, § 1º da CF/88), o direito subjetivo dos Estados e Municípios à percepção dos *royalties* marítimos do petróleo, na condição de refém do tempo, sem poder alterar o modelo de distribuição dos royalties anteriormente definido pelo legislador competente para este mister.

No tocante aos argumentos da medida cautelar proferida na ADI 4917, em face da pretensa inconstitucionalidade da Lei 12.374/2012, cabe destacar que a questão federativa suscitada pela Ministra Relatora, nos termos do que prega o legislador constituinte originário, no §1º, do Art. 20, da Constituição Federal de 1988, nunca esteve abalada, restando assegurada a participação dos entes federativos nacionais e subnacionais no montante dos *royalties* auferidos pela União, tanto no âmbito dos contratos de concessão, como nos contratos de partilha de produção, tendo sido alterado apenas os percentuais de participação, definido na nova lei a partir de uma opção política do legislador em face de novas circunstâncias, no caso, a produção do pré-sal.

Assim, a nova proposta de distribuição dos royalties do petróleo perfilhada pelo legislador federal por meio da Lei nº 12734/2012, cujos efeitos foram suspensos por

força da medida cautelar da lavra da Ministra Carmen Lúcia, abriu, sem ferir o modelo constitucional, portas para a distribuição dos *royalties* na “forma direta”, contemplando os entes federativos nominados como produtores (embora produtores não sejam, quando for o caso da produção *offshore*) e Municípios afetados e, bem assim, pela “forma indireta” sustentada pelo Fundo Especial da União, não se percebendo, pois, analisados todos os argumentos levantados pelos autores da ADI 4917 (Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo) e pelos *amicus curiae* presentes na referida ação constitucional, qualquer eiva de inconstitucionalidade na lei antes citada.

Entendemos, assim, que o atual modelo de distribuição de royalties do petróleo, conforme definido na nova Lei nº 12.734/2012, leva em conta não só elementos próprios do federalismo, mas igualmente as luzes da justiça distributiva intergeracional, pontos de destaque para a compreensão e efetividade dos mecanismos de distribuição dos royalties definidos pelo legislador infraconstitucional federal.

Finalmente e a título propositivo, como contribuição à discussão do tema da partilha dos resultados econômicos da exploração de petróleo nas áreas do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, no Brasil, destacamos algumas observações que entendemos como relevantes.

A distribuição dos royalties marítimos do petróleo deve ter como pauta para a sua compreensão o fato de que esses resultados econômicos são da titularidade originária da União, representando receitas patrimoniais originárias, posto que derivam da exploração de bens dominicais desse ente federativo.

Que a distribuição dos royalties deve ser amoldada primeiramente aos termos constitucionalmente definidos na Carta da República de 1988, que outorga parcelas desses resultados econômicos da exploração aos entes federativos subnacionais e locais (Estados e Municípios).

Ademais, que as parcelas dos royalties destinados aos entes federativos subnacionais e locais devem ser entendidas como receitas federais, distribuídas em face de previsão constitucional e definidas segundo os termos estabelecidos pelo legislador infraconstitucional federal.

Convém entender, ainda, que não deve existir limites, a não ser os constitucionais, para a atuação do legislador infraconstitucional, o qual não pode se manter refém do tempo, desprovido da competência de não poder alterar o modelo de distribuição dos royalties, tendo em vista as circunstâncias do momento, inclusive aquelas resultantes de nuances técnico-geológicas relacionadas com características do próprio bem explorado.

Que a observância do federalismo de cooperação e as balizas da justiça distributiva intergeracional, levando em conta as características inerentes do petróleo, da finitude das reservas, não podem, nem deveriam ser deixadas de lado na concepção de um modelo de distribuição dos royalties decorrentes da exploração desse recurso natural não-renovável.

Nesse sentido, a priorização ao atendimento das necessidades das gerações presentes, no caso do Estado brasileiro, partilhando os resultados econômicos da exploração marítima do petróleo, nas áreas do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, envolvendo, indistintamente, todos os entes federativos subnacionais e locais, reservada a parcela da União, pautado por mecanismos típicos do federalismo, em que pese ainda em construção e aprimoramento, é um ponto a ser considerado, como forma de atingir um projeto que assegure os direitos das gerações futuras.

Isso, na verdade, implica, na necessidade de se dar uma aplicação racional aos recursos decorrentes dos royalties, sem, todavia, permitir a sua exaustão em razão de sua aplicação tão somente na esfera do financiamento da máquina pública, cuidando-se, assim, para que esses recursos sejam aplicados em investimentos resguardados por todo o grau de governança e segurança, mantendo, desse modo, o seu valor no tempo e pronto para, quando necessário, atender aos interesses e direitos das gerações futuras.

Desse modo, não há apenas que se preocupar com os destinos das gerações futuras, como muitas vezes é pregado, mas, desde já, desenvolver um olhar que leve em conta os anseios das gerações presentes, mormente num Estado premido pelas desigualdades de toda ordem, como o nosso e ainda longe de poder cumprir os objetivos constitucionais da República, dentre eles, o da superação da pobreza, o da

promoção do desenvolvimento nacional, a minimização das discriminações de toda ordem, perfilhados, de forma expressa, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Em resumo, uma abordagem dessa natureza implica em atentar para as feições próprias do federalismo fiscal e cooperativo e, bem assim, as pautas da justiça distributiva intergeracional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2002.

ADLER, Mortimer. **Aristóteles para todos. Uma introdução simples a um pensamento complexo** / Tradução Pedro Sette-Câmara. São Paulo, É Realizações. 2010.

AFONSO, José Roberto Rodrigues e GOBETTI, Sérgio Wulf. **Rendas do Petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 15, n. 30, p. 231-269, dez. 2008. Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10115>. Acesso em 25.08.2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Guia dos royalties do petróleo e do gás natural**. (Coord. Geral Décio Hamilton Barbosa). Rio de Janeiro, ANP, 2001.

----- **Dados estatísticos: Produção de Petróleo (barris equivalentes de petróleo)**.

<<http://www.anp.gov.br/?pg=57621&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1315493150723>>. Acesso em 05.05.2018.

----- **Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**, 2017.

<http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/publicacoes/anuarioestatistico/2017/anuario_2017.pdf>. Acesso em 18.03.2018.

AGRA, Walter de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 2002.

ALABI, Joshua Olaniyi. **The Dynamics of oil and fiscal federalism: challenges to governance and development in Nigeria**. University of Leeds, School of Politics and International Studies, Doctoral Thesis, 2020. <http://etheses.whiterose.ac.uk>. Acesso em 22. 01.2021.

ALMEIDA, L. G. de. **Fundos Soberanos de Riqueza: o pré-sal, o Fundo Social Brasileiro e as boas práticas do GAPP**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Florianópolis. **Anais** Florianópolis, 2010.

ALMEIDA, L. S. T. **Distribuição de Royalties**. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE ENERGIA, 11.: **o futuro da energia começa aqui**. Disponível em: <<http://fiesp.com.br/energia/2010/pdf09T1%2009%2008%2016%2010%20Luciano%20%20Santos%20Tavares%20de%20Almeida.pdf>>. Acesso em 20.03.2017.

ALVES, Victor Rafael Fernandes. **Aplicação dos Royalties de petróleo a garantia constitucional do desenvolvimento sustentável**. 2011. 170 f. Monografia (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2011. p. 83

AMUI, Sandoval. **Petróleo e gás natural – para advogados e negociadores**. São Paulo, Lumen Juris, 2ª Ed., 2015

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo, Trad. Antonio de Castro Caeiro, Forense, 2017.

ARRIGHI, GIOVANNI. **A Ilusão do Desenvolvimento** (Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos). Rio Janeiro, Petrópolis, Vozes, 1977.

ATHIAS, Daniel Tobias. **Regulação e royalties de minério e petróleo – análise comparativa Brasil e Estados Unidos**. Fernando Facury Scaff (Coordenador da Coleção). Belo Horizonte, 1ª Edição, D'Plácido, 2020.

BACKER, L, C. **Sovereign Wealth Funds as Regulatory Chameleons: The Norwegian Sovereign Wealth Funds and Public Global Governance Private Through Global Investment** (May 4, 2009). Georgetown Journal of International Law. Vol. 41, nº 2, 2009. <<http://ssrn.com/abstract=1398835>>. Acesso em 15.04.2017.

BALDING, C. **A Portfolio Analysis of Sovereign Wealth Funds**. <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1141531>>. Acesso em 15.05.2017.

BALEEIRO, Aliomar. **Evolução do Imposto Único sobre Minerais**. Revista de Direito Público, nº 27, 1974.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Descentralização do poder: federação e município**. Rio de Janeiro, Revista Forense, 293, jan/mar, 1986.

BARBOSA, D. H. (Coord.). **Guia dos royalties do petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

BALL, T. **The incoherence of intergenerational justice**. **Inquiry: an Interdisciplinary**, Journal of Philosophy, 1985, <http://doi.org/10.1080/00201748508602055>, acesso em 22.06.2020.

BASILIO, F, A, C. **Fundo Soberano Brasileiro: o que é isso?** <<http://associaçaokeinesiana.wordpress.com/2010/01/05/o-fundo-soberano-o-que-e-isso-flavio-a-c-basilio-unb/>>. Acesso em 22.05.2017.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Por que a guerra fiscal? Os desafios do Estado na modernidade líquida.** Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/102305342.pdf>>p.314>. Acesso em 18.06.2017.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade** / Zygmunt Bauman; tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama, revisão técnica Luiz Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais.** São Paulo, Quartier Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Petrobras: monopólio estatal e política concorrencial.** Belo Horizonte, Revista Forum de Direito Financeiro e Econômico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006. https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt . Acesso em 21.04.2019.

BICHARA, Luiz Gustavo A. S. e MONTENEGRO, Mattheus Reis. **Royalties do Petróleo: Uma Análise Jurídica e Econômica.** In DERZI, Mizabel Abreu Machado; Junior, Onofre Alves Batista; Moreira, Mendes André. **Estado Federal e Tributação. Das Origens à Crise Atual.** Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

BISHOP, Grante; SHAH, Anwar. **Fiscal Federalism and Petroleum Resource in Iraq.** Georgia State University, 2008. <http://isp-ayspsi.gsu.edu>. Acesso em 15.05.2020.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise.** Brasília, UNB, 1995.

BRASIL, Presidência da República do. **Constituição Federal de 1988**. <<http://www.brasil.gov.br/governo/2010/01/constituicao>>. Acesso em 22.04.2017.

-----, **Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm#art27§4>. Acesso em 16.08.2017.

-----, **Lei 9.478 de 06 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em 21.06.2017.

-----, **Lei 12.351 de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso 17.03.2018.

-----, **Lei 12.734 de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12734.htm>. Acesso em 11.04.2018.

-----, Superior Tribunal de Justiça. **Royalties: compensação financeira que leva a grandes brigas judiciais**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107249>. Acesso em 01.12.2016.

-----, SENADO FEDERAL. **Direito e Energia**, Ano 5, Vol. 8, Ago-Dez 2013, - Acesso no site <http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/pre-sal>, em 15.12.2020.

-----, Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Acessado no site www.planalto.gov.br, em 30.12.2020.

-----, Presidência da República. **Lei de introdução das normas do direito brasileiro**. Acessado no site www.planato.gov.br, em 30.12.2020.

-----, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4917, DECISÃO LIMINAR**. Acessado no site <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341691385&ext=.pdf>, em 21.11.2020.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

BRIGAGÃO, Gustavo e LYRA, Bruno. **Royalties do Petróleo. Uma Análise Jurídica e Econômica**. In DERZI, Mizabel Abreu Machado; Junior, Onofre Alves Batista; Moreira, Mendes André. Estado Federal e Tributação. Das Origens à Crise Atual. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **O Caráter Cíclico da Intervenção Estatal**. Disponível em <www.bresserpereira.org.br> Acesso em 10.09.2019.

BUCHÉB, José Alberto. Direito do petróleo. **A regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumes Juris, 2007.

CABRAL, Nazaré da Costa. **A teoria do federalismo financeiro**. Coimbra, Almedina, 3ª Ed., 2018.

CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

CAVALCANTI, Caio César Torres. **A natureza jurídica dos royalties do petróleo**, trabalho apresentado no curso de especialização em direito da Universidade de Coimbra, em 2013, disponível no site <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35135/1/A%20natureza%20juridica%20dos%20Royalties%20do%20pretroleo.pdf>, acessado em 21.12.2020.

CARRAZA, Roque Antônio. Natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais: sua manifesta inconstitucionalidade. In: *Justitia*, v.57, n. 171. São Paulo, jul./set, 1995, p. 88-116.

CARVALHO, F. C. L. **Aspectos éticos da exploração do petróleo: os royalties e a questão intergeracional**. Rio de Janeiro, 2008. Dissertação (Mestrado em Planejamento Energético) – Programação dos Programas de Pós-Graduação de Engenharia (COPPE), Universidade Federal do Rio de Janeiro.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Disponível em: <[www.iders.org/textos/Coase Traducao Problema Custo Social.pdf](http://www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf)>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

COASE, Ronald H. **The firm, the market, and the law**. University of Chicago Press, 2012.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Royalties do petróleo – a lei é constitucional**. Belo Horizonte: Luminas, 2013.

COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. **A Lei Nova é Constitucional – A Lei Federal 12.734/2012 e as Convenções Sobre o Direito do Mar**. In: DERZI, Mizabel Abreu Machado; Junior, Onofre Alves Batista; Moreira, Mendes André. *Estado Federal e Tributação. Das Origens à Crise Atual*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

CONTI, José Maurício. **Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Coords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem & Direito: Caminhos para Linguística Forense**. São Paulo, Editora Cortez, 2016.

COLARES, Virgínia e CALADO, Vinicius de Negreiros. **Negligência Informacional – Uma Análise Crítica do Discurso Jurídico de precedentes do STJ**. In. Linguagem & direito: caminhos para linguística / Virgínia Colares (org.). – São Paulo: Cortez, 2016.

COSTA, H. K. M.; MOUTINHO SANTOS, E. **Afinal, para quem vão os royalties do petróleo sob o regime de partilha de produção?** Revista Petro & Química. 332, ed. Disponível em: <http://www.petroequimica.com.br/edicoes/ed_332/332_art.html>. Acesso em 21.04.2017.

COSTA, H. K. M.; et al. **Uma Análise do Projeto de Lei nº 5940/2009: Fundo Soberano do Pré-sal**. In: Anais do Rio Oil & Gas Expo and Conference 2010, realizada no período de 13 a 16 de setembro de 2010, no Rio de Janeiro, p. 1-12.

COSTA, Maria D'Assunção. **Comentários à lei do petróleo**. São Paulo, Atlas, 2ª Ed., 2009.

COSTA, Maria d'Assunção. **Dicionário brasileiro do direito da energia, do petróleo e do gás natural**. São Paulo, Atlas, 2014.

COSTA, Hirdan Catarina de Medeiros; Santos, Edmilson Moutinho dos. **Justiça e sustentabilidade: a destinação dos royalties de petróleo**. São Paulo, Revista SciELO, Estudos Avançados, vol. 27, nº 77, 2013. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000100011.

DERZI, Mizabel Abreu Machado; JUNIOR, Onofre Alves Batista; MOREIRA, Andre Mendes (Organizadores). **Estado Federal e tributação: das origens à crise atual**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo, Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas, 2004.

ECO, Humberto. **Como Se Faz Uma Tese**. São Paulo, Editora Perspectiva, 1999.

ENRIQUEZ, M. A. R. S. **Equidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos mineiras: a alternativa dos Fundos de Mineração**. Revista Ibero-americana de Economia Ecológica, v. 5, 2006.

FARIA, Guiomar Theresinha Estella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIAS, P. **Nacionalismo e participação popular na campanha “O petróleo é nosso”**. In: PIQUET, R. (org.). **Petróleo, royalties e região**. Rio de Janeiro: Garamond, .

FEIGELSON, Bruno. **Curso de direito minerário**. São Paulo, 2014.

FEITOSA, Raymundo Juliano. **Finanças públicas e tributação na constituinte: 1987/1988**, América Jurídica, 2003.

FEITOSA, Raymundo Juliano. In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. **Federalismo: Uma Aproximação Teórica e Empírica**. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Coord. João Maurício Adeodato, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do direito**. Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 154.

FERREIRA, Lais Pires. **Direito internacional, petróleo e desenvolvimento**. São Paulo, Saraiva, 2011.

FERREIRA, Massena Daniel. **O novo marco regulatório do pré-sal**. São Paulo, Lumen Juris, 2016.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **O dever de fundamentação adequada das decisões judiciais**. Acessado na íntegra no sistema da internet a partir do site eletrônico registrado no seguinte endereço: [https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/04/15/o-dever-de-fundamentação-adequada-das-decisões-judiciais/](https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/04/15/o-dever-de-fundamentacao-adequada-das-decisoes-judiciais/). Acessado em 23.12.2020.

FREITAS, P. S. **Rendas do petróleo, questão federativa e instituição de fundo soberano**. Textos para discussão, Brasília, n. 53, fev. / 2009. Brasília: Senado Federal: Centro de Estudos.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid, Alianza, 1984.

GRASSI, Viviane. **Pré-sal e gestão do risco ecológico – o contexto decisório sob a ótica do Princípio da Precaução**. São Paulo, Lumen Juris, 2017.

GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo. **Petróleo, reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Federalismo fiscal e petróleo no Brasil e no mundo**. Texto para discussão n. 1669. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2011.

GOMES, C. J. V. **O marco regulatório da prospecção de petróleo no Brasil: o regime de concessão e o contrato de partilha da produção**. Textos para discussão, Brasília, n. 55, mar. 2009. Brasília: Senado Federal: Centro de Estudos, 2009.

GOUVEIA, Lucio Grassi. **Fundamentação das Decisões Judiciais em 10 Lições**. Palestra proferida no IV Seminário Pernambucano da ABDPRO em homenagem ao Professor José Lopes de Oliveira, em dezembro/2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUTMAN, J. **Participações governamentais: passado, presente e futuro**. In: PIQUET, R.; SERRA, R. (Orgs.). **Petróleo e região no Brasil: o desafio da abundância**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

HABERMAS, J. **Dialética e Hermenêutica**. Porto Alegre, LPM, 1987.

HALLAND, Havard; LOKANC, Martin; ARVIND, Nair; PADMANABHAN, Sridar. **The Extractive Industries Sector Essentials for Economists, Public Finance Professionals, and Policy Makers**. Banco Mundial, 2015. <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22541/The0extractive0s00and0policy0makers.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15.02.2020.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. 10ª Ed., São Paulo, Paz e Terra, 1997.

HORTA, José Luiz Borges. **Urgência e emergência do constitucionalismo estratégico**. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Ano 6, n. 23, Jul-Set, Belo Horizonte, Forum, 2012, p. 783-806.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Tese Impressa pelo estabelecimento gráfico Santa Maria S.A, 1964.

HORTA, Raul Machado. **As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988**. <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/1163/3/00116.pdf> (acesso em 17.11.2021).

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo, Martins Fontes, 1996.

KONNS, Judith. **Earth Jurisprudence and the Story of Oil: Intergenerational Justice for the Post-Petroleum Period**. University of San Francisco Law Review [Vol. 46). Earth Jurisprudence. 2011 <https://repository.usfca.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=usflawreview>, acesso em 22.07.2020.

LARA, Mendes França. **A Justiça Intergeneracional: Uma Perspectiva do Direito Fundamental das Futuras Gerações ao Meio Ambiente** - Dissertação apresentada no âmbito do 2o Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional. Coimbra, Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em [file:///C:/Users/Marconi/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunications_apps_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/A%20justica%20intergeracional\[3730\].pdf](file:///C:/Users/Marconi/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunications_apps_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/A%20justica%20intergeracional[3730].pdf).

LEAL, J. A.; SERRA, R. **Uma investigação sobre os critérios de repartição dos royalties petrolíferos**. In: PIQUET, R. (Org.). *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

LIMA, Haroldo. **Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual**. Rio de Janeiro, Synergia, 2008.

LYRIO, Mariana Borges Frizzera Paiva. **Limites da Doutrina Jurídica Constitucional Brasileira para Analisar a Distribuição dos Royalties do Petróleo** - Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição. Linha de Pesquisa: Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. Brasília, 2015. Trabalho disponível para acesso na internet em [file:///C:/Users/Marconi/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunications_apps_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/2015_MarianaBorgesFrizzeraPaivaLyriss\[3712\].pdf](file:///C:/Users/Marconi/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunications_apps_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/2015_MarianaBorgesFrizzeraPaivaLyriss[3712].pdf).

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Participações Governamentais na Indústria do Petróleo**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editores, 2012.

MACHARETE, Neilton Ferreira. **Fiscalização da aplicação dos recursos provenientes de royalties e participação especial de petróleo**. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, v. 22; p. 41-52, dez. 2001.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito** / Tradução Rachel Sztajn. São Paulo, Atlas, 2015.

MARINGONI, Gilberto. **Petróleo: Crise e dilemas**. Brasília, IPEA, 2011. Disponível em <http://desafios.ipea.bov.br>. Acessado em 21.04.2017.

MARQUES JÚNIOR, J. C.; GUEDES, S. M. DA C. **A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais**. Revista Direito E-nergia, v. 8, p. 16 - 30, 25 jul. 2014, disponível no site <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>, acessado em 21.12.2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Público – O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Belo Horizonte, Forum, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da constituição federal**. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

MARTINS, D. C. **A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo: lei federal n. 9.478, de 6-8-1997**. São Paulo: Atlas, 2000.

MERCADANTE, Aloízio. **BRASIL: A construção retomada**. São Paulo, Editora Terceiro Nome, 2010.

MIRANDA, JORGE. **POVO, DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO POLÍTICA**. Fortaleza, In: Paulo Bonavides, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 8, Instituto Albanisa Sarasate, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Tomo I, RT, 1973.

MONCADA, Luis S. de Cabral. **Direito Econômico**. Lisboa, Coimbra Editora, 5ª Ed., 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo, v.1, 39ª Ed., Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Regime de concessão para a exploração de petróleo e gás natural**. In jusnavegandi: <www.jusnavegandi.com.br>, acesso em 08 de setembro de 2016.

NASCIMENTO, Maria Rosa Freitas do. **Questões sobre direito e economia: Aprendendo a pensar o direito além da perspectiva normativa**. Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Gina Vidal Marcilio Pompeu, Marco Antônio César Villatore, Yuri Schneider– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo, RT, 2015.

PAIM, Maria Augusta. **O petróleo no mar: o regime das plataformas marítimas petrolíferas no direito internacional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Federalismo brasileiro – a emergência de um redesenho institucional do modelo**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 106, pp. 163-189, jan./jun. 2013.

PIRES, Paulo Valois (org). **Temas de direito do petróleo e do gás natural II**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

PIRES, Paulo Valois. **A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. PIRES, Paulo Valois (org). **Temas de direito do petróleo e do gás natural II**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

PIRES, Paulo Valois. **A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PORFÍRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. **Federalismo, Tipos de Estado e Conceito de Estado Federal**. São Paulo, In: CONTI, José Maurício (Org.), Federalismo Fiscal. São Paulo, Manole, 2004.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro, Forense, 2010

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo, Saraiva, 2010.

POSNER, Richard. **Para além do direito** / Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes. 2009.

POSTALI, F. A. S. **Renda mineral, divisão de riscos e benefícios governamentais na exploração de petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

PREFEITURA MUNICIPAL DE MACAÉ. **Macaé: petróleo e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.macaee.rj.gov.br/conteudo?id=4>>. Acesso em 22.11.2016.

QUINTANS, Luiz Cezar P. **Manual de direito do petróleo**. São Paulo, Atlas, 2016.

QUINTO, Gabriel. **Contrato de partilha de produção – a experiência brasileira**. São Paulo, Lumen Juris, 2016.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Harvard University Press, 2009.

REIS, Elcio Fonseca. **Federalismo Fiscal: Competência Concorrente e Normas Gerais de Direito Tributário**, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – curso elementar**. São Paulo, Saraiva, 5ª ed, rev e atual. Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Elaine. **Direito do petróleo, gás e energia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org). **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org). **Estudos e pareceres - direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Tributação do Petróleo**. São Paulo, Almedina, 2017.

ROCHA, Eduardo Morais da. **Royalties do Petróleo: Uma Análise Jurídica e Econômica**. In DERZI, Mizabel Abreu Machado; Junior, Onofre Alves Batista; Moreira, Mendes André. Estado Federal e Tributação. Das Origens à Crise Atual. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **A Distribuição dos Royalties do Petróleo sob o Prisma do Federalismo Cooperativo em Defesa de Minas Gerais, em Defesa da Federação.** In DERZI, Mizabel Abreu Machado; Junior, Onofre Alves Batista; Moreira, Mendes André. Estado Federal e Tributação. Das Origens à Crise Atual. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira.** Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do Petróleo, Minério e Energia.** São Paulo, RT, 1ª Ed., 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo, Cia. das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo, Cia. das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Commodities and Capabilities.** Índia, Oxford University Press, 1999.

SERRA, Rodrigo Valente. **Contribuições para o Debate Acerca da Repartição dos Royalties Petrolíferos no Brasil.** Tese apresentada para a obtenção do Grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Unicamp. São Paulo, 2005. Disponível para acesso na internet em <http://repositório.unicamp.br/jspu/handle/REPOSIP/285446>.

SILVA, Alexandre Pereira da. **O Brasil e o Direito Internacional do Mar Contemporâneo: novas oportunidades e desafios.** São Paulo, Almedina, 2015.

SOUTO, Cláudio. **Os saberes jurídicos fundamentais: para além de sua autossuficiência.** In Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre, Fabris, 1992.

SUSLICK, Saul B. **Regulação em petróleo e gás natural**. Rio de Janeiro, Editora Komedi, 2001.

TAVERNE, Bernard. **An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry: Laws, Contracts and Conventions**. London: Gaham & Trotman, 1994.

TORRES, Heleno Taveira; CATÃO, Marcos André Vinhas (coord.). **Tributação no setor de petróleo**. Quartier Latin, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. In: Heleno Taveira Torres (Org.), **Direito Tributário Ambiental**, São Paulo: Ed RT, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

TORRONTEGUY, Alessandra Folzke. **A aplicação dos royalties do petróleo na efetividade dos direitos fundamentais sociais**. São Paulo, LTr., 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional**. Brasília, Rev. Inf. Legisl., nº 81, jan/mar, 1984.

VALOIS, Paulo. **A evolução do monopólio estatal do petróleo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. **Teoria geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977.

XAVIER, Alberto. **Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 29, p. 10-25, São Paulo: Dialética, fev. 1998.

ZEITOUNE Ilana. **Petróleo e gás no Brasil – regulação da exploração e da produção**. São Paulo, GEN Forense, 2016.