

O Novo Modelo de Distribuição dos *Royalties* do Petróleo e Gás Natural e o
Federalismo Cooperativo.

Daniel Augusto Mesquita

Pós graduando em direito público. Procurador do Distrito Federal. Presidente da
Associação dos Procuradores do DF.

RESUMO: O presente artigo analisa a constitucionalidade do novo marco regulatório do petróleo e do gás natural. O enfoque do estudo é a relação entre a nova distribuição de *royalties* decorrentes da exploração do recurso mineral na plataforma continental, constante do Projeto de Lei da Câmara nº 7/2010, aprovado pelo Senado com a emenda proposta pelo Senador Pedro Simon, e o federalismo cooperativo adotado pelo Brasil. Uma das funções desse federalismo é a realização da justiça social inter regional (= isonomia) e a destinação de recursos por meio de fundos é um dos instrumentos para a efetivação dessa isonomia. Além disso, o texto aborda os reflexos do julgamento das ADIs 875, 1987, 2727 e 3242 na distribuição dos recursos prevista no novo marco regulatório.

PALAVRAS-CHAVE: Petróleo do pré sal – Royalties – Federalismo cooperativo – Fundos de Participação – ADIs 875, 1987, 2727 e 3242.

ABSTRACT: The present article analyses the constitutionality of the new regulatory framework for oil and natural gas. The focus of this study is the connection between the new distribution of royalties, contained in Law Proposition nº 7/2010, that has already been approved by the Senate with the amendment proposed by Senator Pedro Simon, and cooperative federalism adopted by Brazil. One of the functions of this federalism is to build an equality interregional development. The fair allocation of resources is a good way to achieve this objective. Moreover, the text discusses the consequences of the trial ADIs 875, 1987, 2727 and 3242 in the distribution of resources under the new regulatory framework.

KEYWORDS: Oil from pre salt – Royalties – Cooperative federalism – States founds – Trials ADIs 875, 1987, 2727 and 3242.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A abertura do mercado de exploração do petróleo e a distribuição dos *royalties* prevista na Lei nº 9.478/97 – 3. O pré-sal e o novo marco regulatório (Projeto de Lei da Câmara nº 7/2010 aprovado pelo Senado com emenda Pedro Simon) – 4. A nova fórmula de distribuição dos royalties e seus aspectos constitucionais – 4.1. Os recursos naturais da plataforma continental e da zona

econômica exclusiva são bens da União – 4.2. Não há prejuízo aos estados e municípios com a exploração de petróleo e gás na plataforma continental – 4.3. O federalismo cooperativo e a promoção da igualdade inter regional por meio de fundos – 5. A pouca influência do resultado do julgamento das ADIs 875, 1987, 2727 e 3242 na nova forma de distribuição dos royalties – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia.

1. Introdução

Muito se discutiu nos últimos meses sobre o novo marco regulatório do petróleo e do gás. Um verdadeiro alarde foi feito após o envio do projeto de lei de autoria do Poder Executivo à Câmara dos Deputados – Projeto de Lei da Câmara nº 7/2010.

No Rio de Janeiro e no Espírito Santo, milhares de pessoas foram às ruas protestar contra a alteração da forma de distribuição dos royalties sob a alegação de que a nova legislação quebraria esses estados.

Após a aprovação do projeto de lei pelo Senado, os discursos eloquentes se voltaram para a declaração de inconstitucionalidade da norma pendente – até o momento em que produzido este artigo – de nova análise da Câmara e sanção pelo Presidente da República. Depois de inúmeras emendas e discussões legislativas, nem mesmo o Poder Executivo federal ficou satisfeito com a aprovação do projeto.

Tamanha “paixão” por esse tema se justifica diante da cifra bilionária que o Governo Federal e, por consequência, as demais unidades da federação esperam obter com a descoberta e a viabilidade da exploração do petróleo e do gás na camada do pré sal.

Mas o que existe de jurídico nesses acontecimentos? A alteração na forma de distribuição dos royalties é inconstitucional? A declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º, e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, afeta o novo marco regulatório?

A análise da distribuição de recursos para os estados e municípios não pode ser realizada sem um profundo estudo do federalismo brasileiro. A constitucionalidade ou não da norma em comento passa pela avaliação da forma de Estado adotada na Constituição de 1988.

Esse é o estudo jurídico isento que se pretende fazer no presente artigo, sem a inserção nas apaixonadas discussões promovidas por políticos do estado A ou B que buscam, na realidade, abocanhar as grandes cifras decorrentes da exploração do petróleo na camada do pré sal.

2. A abertura do mercado de exploração do petróleo e a distribuição dos *royalties* prevista na Lei nº 9.478/97

A Constituição de 1988 é expressa ao afirmar que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, e os recursos naturais da plataforma continental são bens da União (art. 20, V e IX). A ela cabe legislar privativamente sobre os recursos minerais (art. 22, XII). Ao concessionário que explora os recursos minerais é garantida a propriedade do produto da lavra (art. 176, *caput*).

Aos estados, Distrito Federal e municípios, restou assegurado pelo texto constitucional o direito de participar no resultado da exploração do petróleo ou gás natural obtido no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (art. 20, § 1º).

Desde a Emenda Constitucional nº 6/95, a exploração do petróleo e do gás natural deixou de ser atividade de monopólio absoluto da União. Essa foi uma das várias emendas editadas com o propósito de promover a abertura de setores da economia à livre competição, reduzindo-se a participação do Estado. A este caberia a regulação e a fiscalização desses setores por meio das agências reguladoras.

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).

Nesse contexto, o Brasil necessitava instituir um marco regulatório para o novo modelo de exploração do petróleo e do gás natural. Foi editada, então, a Lei nº 9.478/97, que regulamentou a contratação das empresas estatais e privadas, instituiu a agência reguladora responsável fiscalização e normatização da atividade e dispôs acerca dos recursos advindos da concessão das atividades de exploração do petróleo e do gás natural.

É bom observar que, nesse momento histórico, o preço do barril do petróleo era relativamente baixo. O país não possuía tecnologias tão avançadas para a exploração do produto e os riscos dessa exploração eram elevados. A empresa interessada em realizar a lavra do produto poderia celebrar o contrato de concessão com a União, depreender um grande volume de recursos e, ao final, poderia não extrair petróleo ou gás suficiente para cobrir seus custos (art. 26 da Lei nº 9.478/97¹).

¹ Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

Nesse cenário, a remuneração da União, proprietária do recurso mineral, consistia no pagamento de bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de área.

Os *royalties* são a principal forma de remuneração pela exploração do recurso mineral, uma vez que incidem sobre o resultado da produção².

Hoje, nos termos da Lei nº 9.478/97, as empresas exploradoras pagam a título de *royalties* 10% (dez por cento) do valor de toda produção. Metade desse valor é distribuído conforme previsto na Lei nº 7.990/89 e a outra metade conforme consta do art. 49 da Lei nº 9.478/97.

Esse percentual pode ser reduzido para 5% (cinco por cento) tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes (art. 47, § 1º, da Lei nº 9.478/97³). Caso haja a redução do percentual, a distribuição dos 5% (cinco por cento) será feita nos termos da Lei nº 7.990/89 e o que passar de 5% (cinco por cento) será nos termos da Lei nº 9.478/97 (arts. 48 e 49, caput, da Lei nº 9.478/97⁴).

A Lei nº 7.990/89 prevê, para os produtos extraídos da plataforma continental, a seguinte divisão: 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% (um por cento) ao Ministério da Marinha; e 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios, perfazendo o total de 5% (cinco por cento) da produção.

Já a distribuição prevista no art. 49 da Lei nº 9.478/97 considera os *royalties* que ultrapassem os 5% (cinco por cento) destinados à distribuição acima apresentada. Ela ocorre, para a lavra situada na plataforma continental, da seguinte forma: 22,5% (vinte e dois e meio por cento) aos estados produtores; 22,5% (vinte e dois e meio por cento) aos

² Nos termos do art. 2º, XIII, do PLC nº 7/2010, os *royalties* são “compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1º do art. 20 da Constituição Federal”.

³ § 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 correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

⁴ Art. 48. A parcela do valor do royalty, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

municípios produtores; 15% (quinze por cento) ao Ministério da Marinha; 7,5% (sete e meio por cento) aos municípios afetados por embarque e desembarque do produto; 7,5% (sete e meio por cento) ao Fundo Especial de todos os estados e municípios (7,5%); e 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para amparo a pesquisa relacionada à indústria do petróleo e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias.

Como se vê, no cenário atual da Lei nº 9.478/97, se considerarmos que o montante dos *royalties* pagos pelas empresas exploradoras de petróleo e gás natural é de 10% (dez por cento) em todos os contratos de concessão para a extração na plataforma continental, verificaremos que aos estados e municípios considerados “produtores” e àqueles que recebem as embarcações dos produtos em seus portos são destinados 57,5% (cinquenta e sete e meio por cento) de todos os *royalties* pagos.

3. O pré-sal e o novo marco regulatório (Projeto de Lei da Câmara nº 7/2010 aprovado pelo Senado com emenda Pedro Simon)

A necessidade de se promover um novo marco regulatório da exploração do petróleo e do gás natural decorre do esperado aumento na produção desses recursos em razão da descoberta e da existência de recursos tecnológicos para a exploração na camada do pré sal.

A descoberta desses reservatórios significa, segundo o próprio Governo Federal⁵, uma mudança do patamar das reservas petrolíferas do Brasil. Se em cem anos o Brasil descobriu o equivalente a 14 (quatorze) bilhões de barris de reservas, só nas bacias do pré sal de Santos e do Espírito Santo calcula-se que há de 8 (oito) a 12 (doze) bilhões de barris. Além disso, a taxa de sucesso nesses poços, até o momento, considerando-se os poços já perfurados pela Petrobrás, varia de 87% (oitenta e sete) a 100% (cem por cento).

Desse modo, a exploração do petróleo na camada do pré sal representa uma significativa redução do risco exploratório em um momento em que o preço internacional do petróleo está relativamente alto, o que gera uma alta rentabilidade na exploração.

Com isso, a edição de um novo marco regulatório se justifica diante da redução dos riscos dos futuros concessionários exploradores dessa riqueza. Estes, em contrapartida, conferirão à União e aos entes federados uma maior participação nos resultados.

⁵ <http://www.slideshare.net/BlogDoPlanalto/marco-regulatrio-do-prsal-1933118>

O Projeto de Lei da Câmara nº 7/2010 foi aprovado no Senado Federal com a emenda nº 24/Plenário, de autoria do Senador Pedro Simon.

Com relação à distribuição dos *royalties* decorrentes do resultado da exploração na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, essa emenda consignou que, “ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea ‘d’ do inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478, de 1997”, a parcela restante será destinada da seguinte forma: (a) 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 (b) 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).

Em outras palavras, no novo marco regulatório mantiveram-se todas as parcelas destinadas à União e aos municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, mas alterou-se drasticamente a participação dos estados e municípios “produtores” na distribuição dos *royalties* e participações especiais. Os 45% (quarenta e cinco) por cento da parcela prevista no art. 49 da Lei nº 9.478/97 que pertenciam aos estados e municípios “produtores” deixaram de existir e passaram a ser repartidos igualmente para a constituição de dois fundos.

Para evitar a drástica e repentina perda de recursos por esses estados e municípios com a alteração prevista pelo novo marco regulatório, a emenda promovida pelo Senador Pedro Simon instituiu uma compensação, qual seja, a União deve promover o repasse de recursos correspondente à diferença entre as receitas recebidas pelos estados e municípios “produtores” no período imediatamente anterior à nova forma de distribuição dos *royalties* e os recursos recebidos com a nova fórmula⁶.

4. A nova fórmula de distribuição dos *royalties* e seus aspectos constitucionais

O novo marco regulatório aprovado pelo Senado e pendente – até a data da produção deste artigo – de nova análise pela Câmara e sanção pelo Presidente da República não

⁶ § 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 sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, até que estas se recomponham mediante o aumento de produção de petróleo no mar.

encontra vício de constitucionalidade no ponto em que reduz a participação dos estados e municípios “produtores” na distribuição dos *royalties*.

Primeiramente, não se está aqui a tratar da distribuição de um produto efetivamente produzido pelo município X do estado Y, mas de recursos minerais que são bens da União. Em seguida, não se pode dizer que os estados e municípios “produtores” sofrem prejuízo com a exploração do petróleo e do gás na plataforma continental. Por último, a Constituição de 1988 determina a criação de um federalismo cooperativo que tem como um de seus escopos a realização da justiça social inter regional. Passa-se à análise de cada um desses pontos.

4.1. Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva são bens da União

A indicação do artigo “produtor” ao longo do presente estudo vem sendo utilizada entre aspas de forma proposital. Os estados e municípios mais próximos dos pontos de exploração de petróleo e gás natural na plataforma continental vêm sendo designados pela imprensa, políticos e por eles próprios como “produtores de petróleo”.

É certo que a propaganda é a alma do negócio, mas não é e nem deve ser a essência ou o fato que constitui a natureza jurídica de todas as coisas.

Importante reforçar e deixar bem claro nessa análise que os recursos minerais e todos os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva são bens da União, conforme redação expressa do art. 20, V e IX, da Constituição. Os estados e municípios brasileiros não produzem nem são proprietários das riquezas existentes na plataforma continental.

Para os estados e municípios que, coincidentemente, sem nenhum mérito próprio, foram dotados de recursos naturais mais lucrativos, a Constituição conferiu o direito de receber uma participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou uma compensação financeira por essa exploração (art. 20, § 1º)⁷.

E essa participação está sendo garantida pelo novo marco regulatório, porquanto o projeto de lei aprovado pelo Senado não altera a parcela destinada aos municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural prevista

⁷ § 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.

no art. 49, II, d, da Lei nº 9.478/97 e não exclui nem revoga a forma de divisão prevista na Lei nº 7.990/89, que conforme observado acima destina um volume considerável de recursos aos estados e municípios considerados “produtores” e onde se localizam as instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque do recurso extraído.

Assim, o novo marco regulatório, ao dispor acerca da distribuição dos *royalties* devidos pela exploração de petróleo e gás na plataforma continental, cumpre o comando do art. 20, § 1º, da Constituição, pois confere aos estados e municípios geograficamente próximos à plataforma continental e que recebem o embarque e desembarque dos produtos uma participação adicional no resultado da exploração.

4.2. Não há prejuízo aos estados e municípios com a exploração de petróleo e gás na plataforma continental

É certo que a participação total desses estados e municípios será menor no novo marco regulatório. Esse fato, contudo, não é suficiente por si só para determinar qualquer vício de constitucionalidade da nova regra, especialmente quando se constata que os vocábulos “participação” e “compensação”, constantes do art. 20, § 1º, da Constituição, referem-se à mesma coisa⁸.

A natureza jurídica da partilha de receitas provenientes da exploração de petróleo ou gás natural já foi debatida pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal. Não se trata de tributo⁹, nem de preço público¹⁰, mas de verba de natureza indenizatória, conforme defendem Ricardo Lobo Torres, Kiyoshi Harada e Regis Fernandes de Oliveira¹¹.

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

⁸ “Cremos que o constituinte não foi técnico ou juridicamente preciso, ao utilizar os termos constantes do § 1º do art. 20 da CF. Ambos quiseram referir-se à mesma coisa, ou seja, quando houver a exploração mineral ou de energia elétrica, dos resultados financeiros daí advindos haverá a divisão (partilha ou compensação) entre os entes federados (...). Logo, entendemos que o constituinte utilizou duas palavras, sem dar-lhes conteúdo específico e jurídico, querendo dizer que, nas hipóteses mencionadas, haverá divisão dos resultados da produção”. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 228-229.

⁹ RE 228.800 e HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 72.

¹⁰ TORRES, Heleno Taveira. A compensação financeira devida na exploração de petróleo e recursos minerais e na geração de energia elétrica. Cadernos de Direito Tributário – RDT, v. 74/69.

¹¹ OLIVEIRA, Op. cit., p. 226.

Essa interpretação indica que os estados e municípios “produtores” só devem ser indenizados se a exploração do petróleo ou gás natural for potencialmente causadora de danos.

No caso da exploração petrolífera na plataforma continental, é difícil encontrar uma justificativa para a realização da compensação prevista no dispositivo constitucional em referência. Isso porque, a atividade econômica ocorre há muitos quilômetros da costa, muito distante do território desses estados e municípios. Nessa hipótese, não há falar em perda de parcela do território ou em dano ambiental direto, como ocorre, por exemplo, na construção de usinas hidrelétricas.

Os graves danos ambientais que poderão advir de um acidente na exploração de petróleo na plataforma continental não será de responsabilidade dos estados ou municípios nem os atingirão de forma direta e exclusivamente. Um vazamento de petróleo, por exemplo, poderá contaminar uma extensa área do Oceano Atlântico, mas não contaminará direta e exclusivamente o estado ou o município que recebe as embarcações.

Não é por outra razão que Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma: “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 integram o território”¹².

Assim, também sob esse enfoque, não há razões jurídicas para se defender que os estados e municípios “produtores” têm o direito constitucionalmente assegurado de receber uma compensação ou participação desproporcionalmente maior do que os demais estados e municípios em razão da produção petrolífera na plataforma continental.

4.3. O federalismo cooperativo e a promoção da igualdade inter regional por meio de fundos

A distribuição mais equânime dos recursos provenientes de bens pertencentes à União é um importante instrumento para a promoção da igualdade inter regional da República Federativa do Brasil.

A Constituição de 1988 adotou a forma federativa de Estado. No estudo das classificações e características do federalismo, identifica-se a existência de duas categorias de Estado Federal, conforme o modo pelo qual se organizam: o federalismo dual e o federalismo por integração ou cooperativo.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1993. V. 1, p. 154.

No federalismo dual, como bem ensina José Maurício Conti¹³, há uma rígida separação entre o poder central e os estados federados. Não há qualquer interpenetração de atribuições, competências e distribuição de receitas.

Por outro lado, no federalismo por integração ou cooperativo, não há a fixação de esferas de competências absolutamente distintas, as esferas se comunicam e se auxiliam mutuamente. Gilberto Bercovici observa que esse federalismo está vinculado à solidariedade do Estado Social e se caracteriza “por realizar a distribuição do produto arrecadado (...) para compensar a fragilidade econômico-financeira dos Estados e Municípios”¹⁴.

Não há dúvidas de que o Brasil adotou o federalismo cooperativo. Já na leitura do art. 3º da Constituição verifica-se que garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O art. 170, VII, da Constituição, reforça esse objetivo ao dispor que a redução das desigualdades regionais e sociais é um dos princípios da ordem econômica. Além disso, a competência legislativa concorrente (art. 23), o repasse de recursos da União para os estados (art. 157) e destes para os municípios (158, III e IV) e a existência de diversos fundos de distribuição de receitas entre os entes federados (art. 159, I) caracterizam o federalismo cooperativo.

Um dos princípios basilares dessa modalidade de federalismo é o princípio da compensação fiscal. Esse princípio determina que um ente da federação não pode ser beneficiado ou prejudicado “por uma atividade que deva necessariamente ser realizada em benefício de toda uma comunidade”¹⁵. O Estado deve ter mecanismos de reajustes tanto para hipóteses em que determinada atividade econômica ou serviço prejudica um só ente e beneficia todos os demais federados como para situações em que a atividade desenvolvida beneficia apenas um ente mas o bem utilizado pertence a todos os demais. No caso exploração do petróleo e do gás na plataforma continental, por exemplo, os recursos decorrentes dessa exploração não podem ser destinados apenas aos estados e municípios mais próximos do local onde se realiza a exploração. Em sendo o recurso mineral da União, os benefícios advindos dessa atividade devem alcançar todos os entes federados. Por outro lado, se a atividade de exploração ocorre dentro do território de um

¹³ CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 20.

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Superação das Desigualdades Regionais*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79-81

¹⁵ CONTI, Op. cit., p. 28.

município, causando prejuízo ambiental e danos materiais a esse ente, ele deve ser recompensado, pois o ônus da produção que beneficia a todos não pode ser suportado por um só ente federado.

Esse princípio, por si só, já seria suficiente para se justificar uma distribuição mais uniforme dos *royalties* decorrentes da extração do petróleo e do gás natural, conferindo apenas às unidades federadas efetivamente prejudicadas uma compensação maior como ressarcimento dos danos causados.

Mas os aspectos relacionados ao federalismo cooperativo não param por aí.

Quando se analisa as funções desse federalismo também se chega à conclusão de que deve ser promovida a descentralização na distribuição dos *royalties*. Isso porque, uma das funções primordiais dessa forma de Estado é a sua atuação como instrumento para a promoção da equidade inter regional. Além de ser um dos escopos do federalismo, a promoção dessa equidade é também um dos objetivos da República Federativa do Brasil (reduzir as desigualdades regionais).

Em brilhante passagem, Conti observa que o princípio da igualdade determina a redução das diferenças entre as pessoas e essa noção de igualdade deve ser aplicável “não apenas aos indivíduos como tais, considerados isoladamente, mas também às comunidades na qual vivem”¹⁶.

Dentre as várias medidas redistributivas das quais o Estado pode lançar mão para a promoção da equidade inter regional encontra-se a transferência intergovernamental de riquezas arrecadadas. As unidades da federação que arrecadam mais repassam recursos aos entes mais pobres na proporção estabelecida segundo critérios fundados em dados concretos que demonstrem a real necessidade de cada região.

Nesse ponto, o novo marco regulatório do petróleo e do gás natural é digno de elogios, porquanto determina que a transferência dos *royalties* decorrentes dessa exploração se faça segundo os critérios de distribuição estabelecidos pelo Fundo de Participação dos Estados (FPE) e pelo Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Além disso, determina que a parcela dos *royalties* decorrente da exploração do pré sal que cabe à administração direta da União será destinada integralmente a um fundo criado com a finalidade de promover o desenvolvimento social e regional¹⁷.

¹⁶ Op. cit., p. 30.

¹⁷ Nova redação conferida ao art. 49, § 3º, da Lei nº 9.478/97: “Nas áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão, a parcela dos royalties que cabe à administração direta da União será destinada integralmente ao fundo de natureza contábil e financeira, criado por lei específica, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da saúde pública, da ciência e tecnologia e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata este artigo.”

5. A pouca influência do resultado do julgamento das ADIs 875, 1987, 2727 e 3242 na nova forma de distribuição dos *royalties*

Conforme observado no tópico anterior, o novo marco regulatório, pendente de aprovação final pelo Congresso e de sanção do Presidente da República, determina que a parcela dos *royalties* devida aos estados e municípios será destinada à constituição de dois fundos especiais (um para os estados e o Distrito Federal e outro para os municípios) e deverá ser distribuída “de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados” e dos Municípios.

Seguindo os princípios decorrentes do federalismo cooperativo, especialmente os relacionados à justiça fiscal e à promoção da equidade inter regional, o FPE e o FPM foram criados para a promoção do equilíbrio sócio-econômico entre estados e entre municípios. Essa finalidade consta de forma expressa na Constituição quando estabelece, no art. 161, II, que cabe à lei complementar dispor sobre as normas de entrega de recursos por meio do FPE, do FPM e dos fundos regionais, “objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios”¹⁸.

Essa norma é a materialização de tudo o que se disse até aqui sobre a distribuição de recursos no federalismo cooperativo.

As Leis Complementares (LC) nº 91/97 e nº 62/89 foram editadas com o propósito de promover esse equilíbrio sócio-econômico. Esta última, que trata da forma de rateio entre os estados e Distrito Federal, teve sua constitucionalidade recentemente analisada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs) 875/DF, 1987/DF, 2727/DF e 3243/MT.

Nessa oportunidade, a Suprema Corte consignou que os critérios utilizados pela Lei Complementar nº 62/89 não atendem ao comando do art. 161, II, da Constituição, no ponto em que este determina que a distribuição dos recursos se faça de forma a promover o equilíbrio sócio-econômico entre os estados.

O Ministro Gilmar Mendes, no voto condutor do acórdão, consignou que os índices utilizados pela LC nº 62/89, quando de sua edição, para determinar a forma de distribuição dos recursos, não retrataram efetivamente “a realidade socioeconômica dos Estados brasileiros à época”. Ao assim proceder, o Congresso Nacional não teria cumprido o objetivo almejado pelo Constituinte, justamente “o de dotar o federalismo

¹⁸ Art. 161. Cabe à lei complementar:

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

cooperativo brasileiro de mais um instrumento apto a promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico do país”.

Como se vê, a linha adotada pelo Supremo Tribunal não contradiz – pelo contrário, confirma – o que afirmado e defendido nos tópicos anteriores. A forma de distribuição dos recursos do FPE é inconstitucional justamente porque não promove a igualdade inter regional, ou seja, não propicia uma redistribuição de renda pautada em critérios que retratem a realidade socioeconômica dos destinatários das transferências.

Voltando para a análise do PLC nº 7/2010, o novo marco regulatório, ao destinar uma maior parcela dos *royalties* decorrentes da produção na plataforma continental a fundos especiais direcionados a todos os estados e municípios e ao Distrito Federal, busca cumprir o desiderato de promover o desenvolvimento isonômico do país como um todo e não só dos entes considerados “produtores” de petróleo e gás.

A única inconsistência do projeto de lei nesse ponto foi vincular a distribuição dos recursos aos critérios de repartição do FPE, declarados insatisfatórios pelo Supremo Tribunal Federal nas referidas ADIs.

Entretanto, como o próprio STF afirmou, os critérios expressos na LC nº 62/89 são insatisfatórios, mas a sua supressão imediata do ordenamento jurídico provocaria um dano ainda maior às unidades federadas destinatárias do fundo, uma vez que não há outro critério estabelecido por qualquer norma no ordenamento pátrio.

Na falta de um critério de distribuição que atenda integralmente a Constituição, utiliza-se o critério existente até que nova lei complementar seja editada, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Com base nesses fundamentos, a Suprema Corte não pronunciou a nulidade da referida lei complementar e assegurou a sua aplicação até 31.12.2012.

Desse modo, o projeto de lei em análise não padece de vício de constitucionalidade simplesmente porque vinculou a distribuição dos recursos aos critérios do FPE. O Supremo Tribunal Federal autorizou a aplicação desses critérios até a edição de uma nova lei complementar ou até 31.12.2012.

6. Considerações finais

Os argumentos aqui lançados buscam resgatar os princípios e as características do federalismo cooperativo adotado pela Constituição de 1988.

A destinação maior de recursos provenientes de uma riqueza de propriedade da União a todos os estados e municípios brasileiros é um importante instrumento conferido por esse mesmo federalismo para o fim das desigualdades entre os entes federados.

O novo marco regulatório vem apenas corrigir uma distorção injustificada criada pelos dispositivos atualmente vigentes.

Como bem destacou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto nas ADIs 875/DF, 1987/DF, 2727/DF e 3243/MT, “se mantido, em nosso país, modelo próprio do federalismo clássico (*dual federalism*), segundo o qual as unidades federadas deveriam se manter, exclusivamente, com o produto da arrecadação dos tributos de sua própria competência, o fosso socioeconômico entre os entes federativos apenas se aprofundaria”.

A manutenção dos privilégios injustificados a determinados estados e municípios tende a perpetuar a desigualdade existente entre as regiões brasileiras.

A tentativa de mudança objeto do presente estudo é uma das poucas que podem sair do papel com aptidão para promover um verdadeiro equilíbrio das unidades que compõem a República Federativa do Brasil.

7. Bibliografia.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Superação das Desigualdades Regionais. In: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79-81)

CASSEB, Paulo A. Federalismo. Aspectos contemporâneos. Coleção saber jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

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

DÓRIA, A. R. Sampaio. Discriminação de rendas tributárias. São Paulo: José Bushatsky editor, 1972.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal brasileiro na Constituição de 1988. In Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 179/180, PP. 1-10, jan/jun 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1993. V. 1.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. Paulo, 1968.

MUSGRAVE, R. A. e MUSGRAVE, P. B. Finanças públicas: teoria e prática. São Paulo: EDUSP, 1980.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REZENDE, Fernando. Finanças Públicas. São Paulo: Atlas, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica. São Paulo: Malheiros, 2000.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Natureza jurídica da compensação financeira por exploração de recursos minerais. Grandes questões atuais de direito tributário. São Paulo: Dialética, 1998.

SILVA, José Afonso. Tributos e normas de política fiscal na Constituição do Brasil. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. A compensação financeira devida na exploração de petróleo e recursos minerais e na geração de energia elétrica. Cadernos de Direito Tributário – RDT, v. 74/69.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 10ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

VELLOSO, Carlos M. Estado Federal e Estados Federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 187, pp. 1-36, jan/mar 1992.

Slide Governo Federal: <http://www.slideshare.net/BlogDoPlanalto/marco-regulatrio-do-prsal-1933118>