

Royalties: a justa partilha do produto da participação no resultado da exploração do Petróleo no Brasil

João Paulo Fanucchi de Almeida Melo¹

Introdução

A Lei n. 12.734/12 promoveu significativas alterações na distribuição dos royalties do petróleo determinada pelas Leis n. 12.351/10, que trata da exploração sob o regime de partilha, e n. 9.478/97, que trata da exploração por meio de concessão, precedida de licitação, abrangendo os entes federados que não sofrem impacto direto decorrente da exploração.

Os dispositivos da Lei n. 12.724/12 foram objeto de ADI's perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Certamente, a principal delas é a que foi ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, sob o n. ADI 4917, assinada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, à época, Procurador daquele Estado. Na referida ação constitucional foi concedida medida liminar para suspender dispositivos legais que determinavam novos critérios de partilha dos royalties do petróleo.

As discussões em torno da distribuição podem ser resumidas dessa forma: (i) impossibilidade de distribuição dos royalties aos entes não confrontantes, pois somente os entes diretamente afetados fariam *jus* ao recebimento de tal receita, de natureza compensatória e indenizatória, nos termos do art. 20, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); (ii) impossibilidade de aplicar a nova distribuição aos contratos de concessão firmados anteriormente à vigência da Lei n. 12.724/12, por ofensa à segurança jurídica, ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Diante desse contexto, o objetivo do presente artigo visa exatamente tentar analisar os dois pontos acima indicados e verificar, ao final, a (in)constitucionalidade da nova partilha dos denominados royalties do petróleo consubstanciada na Lei n. 12.734/12.

Passa-se a desenvolver.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Professor da Pós-Graduação (IEC-PUC/Minas) e Graduação da PUC/Minas. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/MG – 2013 a 2015. Diretor da ABRADT. Diretor Departamental. Diretor do IAMG. Diretor do IEFI. Conselheiro do Conselho de Assuntos Jurídicos da ACMinas. Conselheiro do CART/BH. Advogado.

1. A terminologia Royalties

Na origem, o termo royalties estava diretamente ligado à figura do rei. Tratava-se, desde tempos mais distantes, de uma das formas mais antigas para contemplar a necessidade de pagamento em decorrência de exploração de direitos e de propriedades.

Até o Século XX, o rei percebia valores, a título de royalties, como contrapartida da exploração de recursos naturais, alguns não renováveis, e minerais. O indivíduo que tivesse como objetivo explorar água, madeira, caça, pesca etc. seria chamado a pagar royalties em favor do rei.

A concepção do termo na antiguidade ainda prevalece, com adaptações nos dias atuais. A ideia, nos dias de hoje, é de que o dever de pagar royalties surge sempre que terceiro explorar recursos, produtos, marcas e patentes, e conseguir obter lucros. Um percentual do lucro obtido por terceiros em decorrência da exploração de direito ou propriedade alheia será repassado ao proprietário, a título de royalties².

2. O tema/problema: novo marco regulatório dos Royalties do Petróleo – Lei n. 12.734/12

Após breve análise terminológica de royalties, cumpre esclarecer o objetivo do presente trabalho consubstanciado no tema/problema proposto: a (in)constitucionalidade do novo marco regulatório dos royalties do petróleo em decorrência de exploração na Plataforma Continental, Mar Territorial e Zona Econômica Exclusiva.

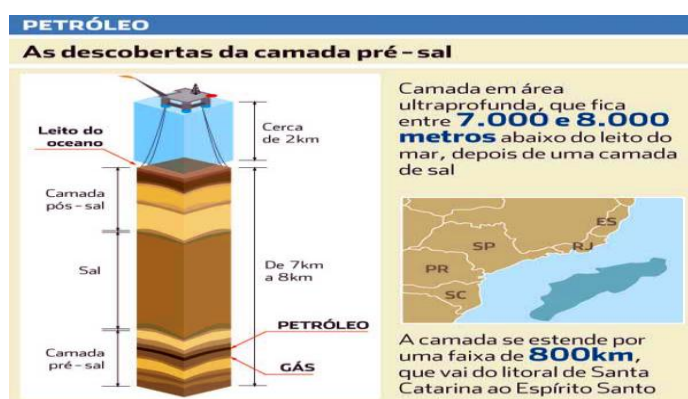
O novo marco do petróleo, formalizado por meio da Lei n. 12.734/12, alterou substancialmente a partilha do resultado decorrente da exploração do petróleo, conhecido como *Royalties do Petróleo*.

² A propósito, nesse sentido, o Regulamento do Imposto de Renda, em seu art. 52, assim prevê: São tributáveis na declaração os rendimentos decorrentes de uso, fruição ou exploração de direitos, tais como: I - de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais; II - de pesquisar e extrair recursos minerais; III - de uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio; IV - autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou da obra.

A alteração realizada pela Lei n. 12.734/12 foi motivada após a descoberta da Camada Pré-Sal pela Petrobrás, conforme divulgado com intensidade por toda imprensa internacional e nacional e que é de conhecimento público e geral.

A título de ilustração, veja-se o que seria e onde estaria a denominada Camada Pré-Sal:

A) Figura 1



B) Figura 2



Na verdade, a União, vislumbrando potencial e substancial aumento na arrecadação a título de royalties, resolveu alterar os critérios de divisão do produto entre os entes federados. Restava evidente que o objetivo é de promover justa repartição da receita patrimonial entre todos os entes federados.

A propósito, veja-se o quadro comparativo entre as Leis 9.478/97 (Lei dos Royalties) e 12.734/97 (Novo Marco), que ilustra o antes e depois no que concerne à partilha³:

³ A tabela foi extraída da ADI 4917.

	Lei n. 9.478/97 (Redação anterior)	Lei n. 12.734/2012
Royalties: Lavra em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres	Royalties de até 5%	Royalties de até 5%
	<ul style="list-style-type: none"> • Estados produtores: 70%; • Municípios produtores: 20%; • Municípios com instalações: 10%. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estados produtores: 70%; • Municípios produtores: 20%; • Municípios afetados: 10%.
	Parcela que superar os 5%	Parcela que superar os 5%
	<ul style="list-style-type: none"> • Estados produtores: 52,5%; • Municípios produtores: 15%; • Municípios afetados: 7,5%; • União: 25%. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estados produtores: 52,5%; • Municípios produtores: 15%; • Municípios afetados: 7,5%; • União: 25%.
Royalties: Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	Royalties de até 5%	Royalties de até 5%
	<ul style="list-style-type: none"> • Estados confrontantes: 30%; • Municípios confrontantes: 30%; • Municípios com instalações: 10%; • União: 20%; • Fundo (todos menos União): 10%. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estados confrontantes: 20%; • Municípios confrontantes: 17%; ➤ Reduções até 4% (2019). • Municípios afetados: 3%; ➤ Redução para 2% (2017) • União: 20%; • Fundo – Estado e DF: 20%; ➤ Aumentos até 27% (2019) • Fundo – Municípios: 20%. ➤ Aumentos até 27% (2019)
	Parcela que superar os 5%	Parcela que superar os 5%
	<ul style="list-style-type: none"> • Estados confrontantes: 22,5%; • Municípios confrontantes: 22,5%; • Municípios afetados: 7,5%; • União: 40% • Fundo (menos a União): 7,5% 	<ul style="list-style-type: none"> • Estados confrontantes: 20%; • Municípios confrontantes: 17%; ➤ Reduções até 4% (2019). • Municípios afetados: 3%; ➤ Redução para 2% (2017) • União: 20%; • Fundo – Estado e DF: 20%; ➤ Aumentos até 27% (2019) • Fundo – Municípios: 20%. ➤ Aumentos até 27% (2019)
Participação Especial	<ul style="list-style-type: none"> • Estados confrontantes ou produtores: 40%; • Municípios confrontantes ou produtores: 10%; • União: 50%. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estados confrontantes ou produtores: 34%; ➤ Reduções até 20% (2018). • Municípios confrontantes ou produtores: 5%; ➤ Reduções até 4% (2019). • União: 42%; ➤ Aumentos até 46% (2016) • Fundo – Estado e DF: 9,5%; ➤ Aumentos até 15% (2019)

		<ul style="list-style-type: none"> • Fundo – Municípios: 9,5% <ul style="list-style-type: none"> ➤ Aumentos até 15% (2019)
--	--	---

Importante deixar consignado que a divisão dos royalties a título de lavra em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais ou lacustres não sofreu nenhuma alteração.

A modificação praticada pela Lei de 2012 compreende exclusivamente a repartição dos royalties decorrentes da exploração na Plataforma Continental, Mar Territorial e Zona de Exploração Econômica⁴.

Noutros termos, a exploração de petróleo no continente não sofreu modificação de 1997 para 2012; a alteração se restringe a exploração de petróleo no mar.

3. Fundamento normativo-constitucional dos royalties do petróleo

O tratamento constitucional do tema em enfoque pode ser aferido a partir do entrecruzamento dos artigos 20 e 177 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que estipulam o seguinte:

Art. 20. São bens da União:

(...)

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

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

O artigo 177 garante à União o monopólio da “pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.”

⁴ Igor Mauler Santiago (2013) explicita o seguinte:

A) mar territorial: faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, na qual o Brasil exerce soberania quase absoluta, limitada apenas pelo direito de passagem inocente de navios estrangeiros (Lei 8.617/1993, artigo 1º);

B) zona econômica exclusiva: faixa que se estende das 12 às 200 milhas marítimas, onde o Brasil exerce soberania limitada para fins de — no que interessa ao nosso tema — exploração e aproveitamento de recursos naturais vivos ou não-vivos, das águas sobrejacentes ao leito de mar, do próprio leito de mar e do seu subsolo (idem, artigos 6º e 7º);

C) plataforma continental: leito e subsolo das áreas submarinas que vão do limite exterior do mar territorial (12 milhas) até o ponto mais distante entre (i) o fim da zona econômica exclusiva (coincidência) ou (ii) o bordo exterior da margem continental (início das inclinações abruptas que levam ao fundo do mar), com o limite de 350 milhas marítimas. Nesta área — ou melhor, na porção da plataforma continental que extrapole a zona econômica exclusiva (caso ii) —, o Brasil tem soberania limitada, no que ora nos interessa, à exploração dos recursos minerais e outros recursos naturais não-vivos do leito do mar e do subsolo, bem como dos organismos vivos que se mantêm em contato físico constante com um ou outro.

Por sua vez, o art. 20, § 1º da CRFB prevê:

§ 1º - É assegurada, **nos termos da lei**, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, (i) **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, (ii) **ou compensação financeira por essa exploração**. (destaque nosso)

Assim, da leitura do texto constitucional vigente, chega-se a conclusão de que a pesquisa e a lavra do petróleo é monopólio da União. E mais, o petróleo existente na Plataforma Continental, Mar Territorial e Zona Econômica Exclusiva pertence à União⁵.

Por sua vez, o 20 § 1º da CRFB prevê a necessidade de edição de lei federal para disciplinar a participação de resultado ou compensação financeira de todos os entes federados, demonstrando se tratar de norma de eficácia limitada⁶.

Importante destacar que o texto constitucional faz menção a dois institutos distintos: (i) participação de resultado pela exploração de petróleo e (ii) compensação financeira pela exploração do petróleo.

O primeiro instituto, a participação de resultado, traz a essência da concepção dos royalties, isto é, terceiro que explora a propriedade de alguém, no caso da União, deve repassar parte do lucro obtido ao proprietário. Assim, o lucro total não pode se restringir exclusivamente àquele que explora e toma proveito do bem de outrem. Logo, torna-se necessário dividir o resultado entre o explorador-beneficiado e a União, proprietária dos recursos.

Por sua vez, o segundo instituto, a compensação financeira, está diretamente ligada à ideia de indenizar financeiramente a União, bem como, nos termos da lei federal, os demais entes federados, com nítido intuito de minimizar os impactos negativos experimentados com a exploração de petróleo.

⁵ Registre-se que, na exposição ora desenvolvida, fala-se que o petróleo extraído do mar, dentro plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva, pertence à União. Isso não quer dizer que plataforma continental, mar territorial e zona de exploração econômica são, necessariamente, bens da União.

Conforme muito bem observado pelo Professor Sacha Calmon (2013), “entre os bens da União, à exceção do mar territorial, não estão a plataforma continental nem a zona de exploração exclusiva, mas ‘apenas os recursos naturais nelas existentes’, como ensina o professor Igor Mauler Santiago.”

⁶ É necessário editar uma lei para que esta norma constitucional seja aplicada; sem esse ato posterior, não é possível distribuir a compensação financeira ou resultado da exploração.

Assim, considerando que a exploração de petróleo, em terra ou no mar, pode ensejar severos prejuízos, a contrapartida esperada é financeira, que terá característica indenizatória, cuja finalidade central é reduzir os dissabores decorrentes da atividade.

Ressalte-se, então, que o texto constitucional cria dois institutos jurídicos distintos, cuja efetivação depende de lei federal infraconstitucional: um que visa a distribuição de resultados (royalties) e outro que visa compensar ou indenizar os entes federados em razão da exploração do petróleo.

Sendo assim, diante do mandamento constitucional, tem-se, em síntese, o seguinte:

- a) O petróleo existente na plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva é bem/patrimônio da União. Por força constitucional, impossível sustentar, ainda que por ficção jurídica, que se trata de bem pertencente a Estado subnacional.
- b) A União deve assegurar, por lei, participação de resultados ou compensação financeira aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Noutros termos, a Constituição da República impõe à União a necessidade de, por lei federal, regulamentar como será realizada a partilha dos royalties decorrentes da exploração de bem que lhe pertence;
- c) A Constituição fez positivar expressamente dois institutos distintos: (i) “participação no resultado da exploração de petróleo” e (ii) “compensação financeira por essa exploração”.

4. Histórico normativo infraconstitucional

No tópico anterior foram apresentadas as questões constitucionais. No presente, o propósito é rever todo o histórico normativo infraconstitucional inerente ao tema em análise, até chegar ao momento atual.

Pois bem. No ano de 1953, a Lei n. 2.004 veio a tratar da política nacional do petróleo. Naquela oportunidade, a Petrobrás foi criada na modalidade de sociedade por ações, tendo como objetivo explorar a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte de petróleo.

Desde então, a Petrobrás admitia como acionistas as pessoas jurídicas de direito público interno, o Banco do Brasil, brasileiros natos ou naturalizados e pessoas jurídicas de direito privado.

Note-se que, desde a sua criação, a Petrobrás tinha como acionistas brasileiros de todas as partes do País. É certo que os acionistas, ao injetar dinheiro na Petrobrás, além de investir visando o lucro, tinham plena confiança na evolução e do sucesso da Empresa.

Foi o que ocorreu. No decorrer dos anos, a Petrobrás foi ganhando credibilidade, e hoje, se não for a mais, certamente é uma das principais empresas do País. A credibilidade alcançada advém dos trabalhos sérios desenvolvidos, o que, inclusive, proporcionou na descoberta da Camada Pré-Sal.

Ainda em 1953, a Lei n. 2.004, editada sob o prisma da Constituição de 1946, inseriu, no seu artigo 27, a necessidade de a Petrobrás e suas subsidiárias pagarem **indenização** aos Estados onde a atividade de exploração era exercida. Interessante mencionar que, na redação original, a indenização fixada tinha destinação predeterminada para energia elétrica e pavimentação de rodovias⁷.

Registre-se que na redação original do artigo 27 havia total silêncio no que se refere à exploração de petróleo no mar, sendo certo que o legislador se reservou a tratar da matéria no âmbito continental.

A propósito, os royalties, denominados na lei como indenização, eram pagos à União e aos Estados (ficavam com apenas 20%).

No ano de 1957 houve a primeira modificação normativa. Naquela oportunidade, o legislador dividiu expressamente a partilha da **indenização** entre Estados e Municípios.

Somente no ano de 1969 o legislador resolveu tratar da **indenização** quando da exploração do petróleo em plataforma continental. O Decreto-Lei n. 523/1969 impôs a seguinte redação ao art. 27:

⁷ Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias **ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo** e xisto betuminoso e a extração de gás, **indenização** correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás.

§ 1º Os valores do óleo e do xisto betuminoso serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo.

§ 2º Será efetuado trimestralmente o pagamento de que trata este artigo.

§ 3º Os Estados e Territórios distribuirão 20% (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles devendo este pagamento ser efetuado trimestralmente.

§ 4º **Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos fixados neste artigo, preferentemente, na produção de energia elétrica e na pavimentação de rodovias.** (destaque nosso)

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar **indenização** correspondente a 4% (quatro por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra do petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, de indenização de 1% (um por cento) aos Municípios onde fizerem a mesma lavra ou extração. (Redação dada pela Lei nº 3.257, de 1957)

(...)

§ 4º Quando o óleo ou gás forem extraídos **da plataforma continental**, os 5% (cinco por cento) de que trata o "caput" deste Artigo serão destinados, em partes iguais, ao **Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério das Minas e Energia, para constituição do Fundo Nacional de Mineração e ao Ministério da Educação e Cultura**, para o incremento da pesquisa e do ensino de nível superior no campo das geociências. (destaque nosso)

Com ênfase, veja-se que a indenização auferida na plataforma continental não era destinada aos Estados e Municípios⁸.

Em 1985, a legislação infraconstitucional sofreu interessante alteração. Naquela oportunidade, os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações começaram a aflorar, influenciando o legislador infraconstitucional. Note-se que o legislador vinculava a indenização a ser paga a determinados fins, dentre eles, a preservação ambiental. Confira-se a redação do art. 27 da Lei n. 2.003 em 1985:

Art. 27 - A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar **indenização** correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou 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.

(...)

§ 3º - Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os **recursos previstos neste artigo**, preferentemente, em **energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio-ambiente e saneamento básico**. (Redação dada pela Lei nº 7.453, de 1985)

§ 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 geo-econômicas, 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. (destaque nosso)

⁸ O art. 27 da Lei 2003 sofreu nova alteração em 1978 quando da elaboração do Decreto-Lei n. 1288, que trouxe a seguinte redação: "§ 4º Quando o óleo ou gás forem extraídos da plataforma continental, os 5% (cinco por cento) de que trata o caput deste artigo serão destinados ao Conselho Nacional do Petróleo - C.N.P., do Ministério das Minas e Energia, para formação de estoques de combustíveis destinados a garantir a segurança e a regularidade de geração de energia elétrica."

Perceba-se, ainda, que a indenização prevista no art. 27 em decorrência de exploração de petróleo na plataforma continental passou a ser partilhada, naquele momento, também com os Estados e os Municípios⁹.

Com a Constituição de 1988, a Lei n. 2.004 sofreu outras modificações. Inicialmente através da Lei n. 7.990 de 1989:

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 de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 7.990, de 1989)

I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores; (Incluído pela Lei nº 7.990, de 1989)

II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores; (Incluído pela Lei nº 7.990, de 1989)

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. (Incluído pela Lei nº 7.990, de 1989)

§ 1º - Os valores de que trata este artigo serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo. (Redação dada pela Lei nº 7.453, de 1985) (Revogado pela Lei nº 7.990, de 1989)

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal 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 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, 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 distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios. (Redação dada pela Lei nº 7.990, de 1989)

§ 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.

É importante deixar consignado que, até mesmo pela evolução histórica, compensação financeira possui caráter indenizatório. Tanto é assim que o art. 27 da Lei n. 2.004, que sempre se valeu do vocábulo *indenização*, passou a utilizar o termo *compensação financeira* somente em 1990, demonstrando o real interesse de adaptar o texto infraconstitucional ao da, então, nova Constituição.

⁹ Em 1986, outras alterações vieram por meio da Lei n. 7525, em que restou consignado que os recursos serão aplicados "exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico"

E mais, desde 1985 e prevalecendo após a CRFB de 1988, o parágrafo 3º do art. 27 positivou o seguinte: “Ressalvados os recursos destinados ao Ministério da Marinha, os demais recursos previstos neste artigo serão aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios, exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico”.

O legislador infraconstitucional, com o fito de evitar eventuais abusos com o produto da compensação financeira decorrente da exploração do petróleo, inclusive no mar, desejando preservar o caráter indenizatório do instituto, editou a Lei n. 8.001 em 1990.

A referida Lei deixou claro que os valores em questão não poderiam ser utilizados para pagamento de dívida e pessoal¹⁰.

A Lei n. 2.004/ 1953, com posteriores alterações, prevaleceu até 1997. Isso porque a Lei n. 9.478/97, em seu art. 83, revogou expressamente a Lei de 1953.

Pois bem. A Lei n. 9.478/97 tem como objetivo “dispor sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.”

Assim, a legislação traz no seu bojo princípios gerais e específicos, monopólio sobre petróleo, Agência Nacional do Petróleo, requisitos para exploração e produção do petróleo, os trabalhos desenvolvidos pela Petrobrás, concessões etc.

Destaque-se que a Lei n. 9.478/97 fez positivar as **participações**, a partir do art. 45:

SEÇÃO VI

Das Participações

Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as **seguintes participações governamentais**, previstas no edital de licitação:

I - bônus de assinatura;

II - *royalties*;

III - participação especial;

IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

§ 1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.

§ 2º As receitas provenientes das participações governamentais definidas na *caput*, alocadas para órgãos da administração pública federal, de acordo com

¹⁰ Art. 8º 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. (Redação dada pela Lei nº 8.001, de 13.3.1990)

o disposto nesta Lei, serão mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações.
(...)(destaque nosso)

A propósito, em 2001, a Lei n. 10.195, em seu artigo 8º, fez previsão específica de que os valores obtidos poderiam ser utilizados para pagar dívida com a União e para capitalização de fundos para previdência.

A Lei de 1997, ao revogar a Lei de 1953, deu novo tratamento à exploração do petróleo. Isso porque, enquanto a Lei n. 2.004 tratava de indenização e, após a CRFB/88, de compensação financeira, a Lei de 1997 passou a tratar de participações.

5. Análise da controvérsia jurídica atualmente vivenciada a partir do novo marco dos Royalties no País.

- 5.1. Os dois institutos jurídicos existentes no texto constitucional: (i) participação de resultado pela exploração de petróleo e (ii) compensação financeira pela exploração do petróleo.

De acordo com o histórico normativo tratado anteriormente, à luz do texto constitucional vigente, existem duas possibilidades jurídicas, desde que editada a indispensável lei federal, em favor da União, Estados e Municípios, no que se refere à exploração do petróleo: (i) participação de resultado pela exploração de petróleo e (ii) compensação financeira pela exploração do petróleo.

Todavia, embora existam duas possibilidades jurídicas distintas, nota-se que o legislador infraconstitucional nunca se valeu concomitantemente delas.

Até o ano de 1997 havia no ordenamento jurídico previsão de indenização ou compensação financeira, nos termos do art. 27 da Lei n. 2.004 de 1953. Inclusive, a lei impunha a necessidade de vincular os recursos obtidos para atender determinadas finalidades, dentre elas, o meio-ambiente. A Lei, ainda, vedava a aplicação dos recursos para cobrir determinadas despesas orçamentárias.

Após 1997, a Lei n. 9.478/97 passou a tratar de participações pela exploração. Os royalties passaram a ser uma das formas de participações.

Assim, seria mais técnico dizer participações, em vez de royalties, posto que estes são espécies daquelas.

5.2. Possibilidade jurídica exclusiva de lei federal tratar do tema – inviabilidade de discussão pelos Estados confrontantes.

O art. 20 e o seu § 1º da CRFB são expressos ao estipular que os royalties do petróleo advêm de bens pertencentes da União e que a lei federal tratará como se dará a participação ou compensação.

Dessa forma, considerando que o produto do petróleo pertence à União, compete exclusivamente a este ente federado dispor como se dará a partilha do produto. Ora, se pertence à União, nenhum outro ente federado tem legitimidade para reivindicar ou questionar.

5.3. Estados produtores?

Considerando a extração de petróleo do mar (Plataforma Continental, Mar Territorial e Zona Econômica exclusiva) é incorreto afirmar que existem Estados e Municípios produtores.

Acertou o legislador ao utilizar a expressão “Estados e Municípios confrontantes”.

Isso porque o Brasil, como pessoa jurídica de direito público internacional, tem o direito de explorar com exclusividade os recursos naturais da plataforma continental e zona econômica exclusiva. Esses recursos, conforme prevê o art. 20 da CRFB, são bens da União. O mar territorial é bem da União.

Assim, não existe sentido rotular os Estados e Municípios litorâneos como produtores.

Os Estados e Municípios litorâneos são, portanto, confrontantes.

5.4. Os royalties como participações, e não de natureza indenizatória ou compensatória

De acordo com o que foi abordado até aqui, a Lei de 1997 alterou substancialmente a Lei de 1953. A partir de 1997, em vez de regulamentar indenização e, depois, compensação financeira, como outrora, o legislador fez a opção de regulamentar participações governamentais.

Dessa forma, a natureza jurídica do conhecido royalties do petróleo é de participação da exploração. Em verdade, os royalties são uma das formas de participação, conforme estipulado pelo art. 45 da Lei n. 9478/97.

Logo, os royalties não são indenização ou compensação, mas sim participações.

Entende-se que seria legítimo que a lei federal regulamentasse a matéria compreendendo, além das participações, a necessidade de indenizar ou compensar financeiramente pela exploração do petróleo. Em vez de termos apenas um instituto, existiriam dois.

Para tanto, o pagamento de indenizações ou compensações deveria ser precedido de prévio estudo demonstrando de forma justificada os prejuízos experimentados e, ai sim, sustentar a contrapartida financeira.

Por evidente, os impactos ambientais às vezes são irrecuperáveis, todavia, a compensação financeira seria meio para minimizar o dissabor negativo experimentado. Noutros termos, ainda que nem sempre a recuperação ambiental possa ser alcançada ou retomada, aqueles que experimentam determinado prejuízo poderão ser compensados noutra área ou segmento.

5.5. O discurso equivocado de que os royalties poderiam ser utilizados como penalidade à eventual dano ambiental

No caso de alguma empresa, ao explorar petróleo brasileiro, não observar a técnica e perícia necessárias, ocasionando danos ambientais, a justa penalidade deverá ser aplicada, observados o contraditório e a ampla defesa.

Nesse espeque, entende-se como totalmente equivocado o discurso voltado a sustentar que os royalties poderiam ser utilizados para essa finalidade.

Assim, aquele que ocasionar dano poderá ser chamado a responder civil e penalmente. Entretanto, impróprio confundir as sanções civil e penal com o instituto dos royalties do petróleo, posto que, como dito, estes possuem natureza de receita patrimonial/ participação governamental em decorrência da exploração de bens e direitos que pertencem à União.

5.6. A justa repartição dos “royalties do petróleo”

Nos termos do quadro ilustrativo acima trazido, a partilha dos denominados royalties do petróleo sofreu profunda modificação com a Lei de 2012.

Na verdade, a Lei de 2012 veio a minimizar a injustiça veiculada pela Lei de 1997, ao garantir repartição maior da receita entre União, Estados e Municípios.

Alguns entendem que a Lei de 2012 seria inconstitucional, tendo em vista que os Estados e Municípios litorâneos, confrontantes com a Camada Pré-Sal, perderam percentual na divisão dos recursos. Sustentam que eles teriam direito a maior parte da divisão dos recursos, em razão do suposto caráter indenizatório dos royalties.

Equivocada a linha de raciocínio.

Nos termos do que foi exposto, os royalties não possuem caráter indenizatório ou compensatório, mas sim remuneratório, isto é, participação do lucro obtido pelas empresas autorizadas em decorrência da exploração bens e direitos da União.

Nessa linha, a justa repartição da participação é aquela em que, à luz de isonomia na federação, compartilha igualmente a receita patrimonial entre todos os Estados e Municípios. Logo, não se deve reservar parcelas diferenciadas para Estados e Municípios confrontantes e não confrontantes, sob pena de violar a igualdade.

Considerando que os royalties não possuem natureza indenizatória ou compensatória, não servindo para reparar ou minimizar prejuízos, a divisão do produto entre Estados e Municípios deveria ser rigidamente igual.

Até mesmo porque todos os brasileiros, e não somente os brasileiros residentes nos Estados e Municípios litorâneos e confrontantes, confiaram, investiram e aplicaram na Petrobrás, empresa responsável por achar o Pré-Sal. Agora, mais do que justo que o repasse isonômico para todos os entes federados, possibilitando que todos os brasileiros compartilhem igualmente o sucesso positivo.

Ou melhor, a divisão poderia ser diferenciada, de modo que os Estados e Municípios historicamente menos favorecidos fossem contemplados com maior parcela das participações, o que, indiscutivelmente, poderia ser visto como importante instrumento para reduzir as desigualdades regionais, conforme contempla o art. 3º da CRFB.

Até mesmo porque se trata de objetivo constitucional de ordem vinculante, e não meramente programático, sendo impossível sustentar omissão constitucional.

Ademais, nesse caso, a igualdade material teria sustentáculo de ordem constitucional.

Dessa forma, entende-se que a Lei de 2012, embora tenha aprimorado de forma significativa o critério de diferenciação numa comparação com a Lei de 1997, não

alcançou ainda a justa repartição das participações governamentais do petróleo. Isso porque a Lei de 2012 ainda privilegia os Estados e Municípios confrontantes, quando o correto seria privilegiar os entes federados sabidamente subdesenvolvidos.

Ressalte-se que, considerando a natureza remuneratória (receita patrimonial) das participações ou royalties do petróleo, e não indenizatória, a partilha do produto até poderia ser diferenciada. No entanto, o critério de diferenciação deveria ser a distinção entre Estados e Municípios desenvolvidos x subdesenvolvidos, e não o que atualmente é adotado, qual seja, Estados e Municípios confrontantes x não confrontantes.

5.7. Suposta violação à segurança jurídica, direito adquirido e ato jurídico perfeito

Os Estados confrontantes sustentam que a alteração da legislação em 2012 violaria a segurança jurídica, o direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito. A alegação não merece prosperar.

Primeiramente, como visto até agora, as participações dos resultados decorrentes do petróleo do mar, isto é, exploração de bens e direitos da União. O texto constitucional determina a partilha dos resultados da União com os demais entes federados, nos termos da lei infraconstitucional.

Isso significa que somente a União poderá tratar da divisão. Aos Estados e aos Municípios não resta outra situação senão criar a expectativa de direito quanto à partilha, sendo certo que os critérios serão estipulados em sede de lei federal.

Portanto, os Estados e Municípios não podem sustentar que direito adquirido ou ato jurídico foi violado. Isso porque eles nunca tiveram direito ou ato jurídico perfeito a seu favor para ser violado. No máximo, tiveram expectativa de direito.

Ademais, os contratos assinados concedendo o direito de exploração de petróleo em mar não sofreram modificação com a Lei de 2012. Eles permanecem inalterados. E mais, se fosse necessário alegar violação a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito, o que não ocorre na espécie, eventual pleito deveria ser levantado pelo prejudicado (aquele que recebeu a concessão), e não os Estados confrontantes.

5.8. Afetação dos recursos para saúde e educação

É louvável o discurso político de que os recursos obtidos serão destinados à saúde e à educação. São áreas que precisam receber investimentos e ser ampliadas. Nesses quesitos, o País está longe do ideal.

Entretanto, a lei federal que impõe o dever de os entes federados aplicarem os recursos integralmente na saúde e educação extrapola os limites estipulados pelo texto constitucional.

O art. 20, § 1º da CRFB prevê expressamente que a lei federal determinará como será feita a participação da exploração do petróleo e compensação financeira. Todavia, o texto constitucional não prevê que a lei federal possa estipular como os entes federados contemplados pela participação deverão aplicar os recursos que lhe forem transferidos.

Nessa esteira, visualiza-se flagrante violação à autonomia financeira e orçamentária dos entes federados, posto que vai de frente ao que está positivado nos arts. 165 e ss. da CRFB.

Ademais, na hipótese de prevalecer o referido mandamento, certamente, no futuro, os Estados e Municípios, principalmente, os confrontantes, terão grande aparato estrutural (escolas, hospitais etc.) para pouca demanda. Não haverá a indispensável proporcionalidade. Sendo assim, os recursos obtidos ficarão engessados para saúde e educação quando, caso a caso, poderiam ser destinados a outros setores necessários.

Referências

CALDAS FURTADO, J.R.. **Elementos de Direito Financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Royalties do Petróleo. A lei é constitucional**. Luminis. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTIAGO, Igor Mauler. **Quais os próximos capítulos após o veto da Dilma?** Consultor Jurídico. 2013.