

DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO: O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA EDITAREM LEIS SOBRE SUA COBRANÇA E FISCALIZAÇÃO

Sandra Maria do Couto e Silva*
Jorge Rubem Folena de Oliveira**

I - A Origem, a Natureza e a Titularidade dos *Royalties* na Constituição

Os *royalties* instituídos pelo art. 20, § 1.º, da Constituição Federal foram a maneira criada pelo legislador constituinte para compensar a perda de receitas que os Estados produtores de petróleo, gás e energia hidrelétrica teriam com a desoneração do ICMS nas remessas dessas mercadorias para outros Estados da Federação, amparadas pela imunidade prevista no art. 155, inciso X, “b”, da Constituição Federal, ao contrário da sistemática adotada na mesma Carta Política para esse imposto, que diz ocorrer a sua tributação no Estado de origem para as demais mercadorias e serviços.

Em função da evidente perda financeira que seria causada aos Estados produtores de petróleo, gás e energia elétrica, apesar de a União ser a titular dos recursos naturais da plataforma continental e dos recursos minerais (art. 20, V e IX, da Constituição Federal), o Constituinte de 1988 instituiu, em favor dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal os *royalties* e a participação financeira, como forma de compensação no resultado da exploração daqueles recursos minerais e dos recursos hídricos.

A esse respeito, o Min. Nelson Jobim, assim narrou, valendo-se da sua experiência de Constituinte, no julgamento do MS nº. 24.312-1/DF, no plenário do Supremo Tribunal Federal:

“Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão na Constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino.

A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os estados do Sul continuavam gratuitamente tributados as poupanças consumidas nos estados do Norte e do Nordeste.

Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica – recursos hídricos – e petróleo. Ocorreu o seguinte: os estados onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabaria recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e a energia elétrica.

O que se fez? Participei disso diretamente, lembro-me que era, na época, o Senador Richard quem defendia os interesses do Estado do Paraná e o Senador Almir Gabriel quem defendia os interesses do Estado do Pará, além do Rio de Janeiro e Sergipe, em relação às plataformas de petróleo.

* Advogada. Procuradora do Estado do Amazonas. Professora de Direito Tributário. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Associada da Fundação de Ensino Superior de Direito Tributário.

** Advogado. Mestre em Direito. Sócio do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Sociedade Brasileira de Geografia.

Então, qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí por que preciso ler o § 1º do art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição.

O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se 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.

Vejam bem, toda a produção de petróleo realizada no Estado do Rio de Janeiro, ou toda a produção de energia elétrica, no Paraná e no Pará, eram decorrentes de investimento da União, porque o monopólio era da União. Toda a arrecadação do País contribuiu para aquela produção.

Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí, criou-se o § 1º do art. 20, dizendo:

‘Art. 20.

§ 1º. É assegurado, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, - já se falava na possibilidade de criação das agências que poderiam ser financiadas em face da autonomia financeira - ‘participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica’ - leia-se ITAIPU, que estava na base da discussão no Paraná - ‘e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva,’ - que eram as plataformas de petróleo de Sergipe - ‘ou compensação financeira para essa exploração’.

Então, Ministra Ellen, estou tentando recompor a questão histórica, com isto, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convênio, ao Estado; é uma receita originária dos Estados, face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS. Essa a origem do problema.” (Sem grifos no original).

Como se vê, os *royalties* são receitas originárias dos Estados e dos Municípios, de cunho indenizatório, uma vez que tal receita, como bem exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, no RE 228.800-5/DF, julgado pela 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, é uma compensação financeira pelos problemas gerados na exploração destes tipos de recursos energéticos e minerais:

“Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas e as represas. Problemas ambientais – como a remoção da cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento da paisagem e que tais-, sócios e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos.

“Além disso, a concessão de uma lavra e a implantação de uma represa inviabilizaria o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes.

Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo (art. 20, § 1º da Constituição Federal).” (Sem grifos no original)

Da mesma forma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo voto condutor do acórdão da Min. Ellen Gracie, no RE 253.906-6/MG, afirmou que “a teor do disposto no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, a recomposição pelos prejuízos da inundação de áreas para construção de hidroelétrica se faz mediante o instituto da participação ou compensação financeira que constituirá receita originária do ente federativo que suporta a exploração”.

Portanto, a aludida participação financeira, prevista no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, é “um direito subjetivo da unidade federada. Trata-se de receita originária que lhe é confiada diretamente pela Constituição”, conforme manifestou o Min. Gilmar Mendes, no seu voto no MS nº. 24.312-1/DF, no Plenário do Supremo Tribunal Federal e na Segunda Turma, no Ag.Reg. no AI 453.025-1-DF.

II - A questão federativa

Nessas condições, como os *royalties* pertencem aos Estados e aos Municípios, não deve o legislador federal impor qualquer limitação sobre a aludida receita originária, sob pena de violar a autonomia federativa, prevista nos arts. 1º e 18 da Constituição Federal.

A propósito, no que se refere à questão federativa e a autonomia governamental decorrente dos *royalties*, o Min. Marco Aurélio, no seu voto no MS nº. 24.312-1/DF, manifestou que aquele “numerário pertence ao Estado, que participa, tem um aporte de recursos, considerando o § 1º do art. 20 da Constituição Federal. A óptica, sem dúvida alguma, homenageia a autonomia governamental, tão pertinente quando se vive em uma federação.” (Sem grifos no original)

Em consequência desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, o legislador federal não deve criar limitações e controles sobre receita própria e exclusiva dos Estados e Municípios, inclusive descabe ao Tribunal de Contas da União o poder de fiscalizar tais verbas, como decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no MS nº. 24.312-1/DF, impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro contra ato do Tribunal de Contas da União com o objetivo de fazer prevalecer a sua competência para fiscalizar a mencionada receita financeira proveniente do art. 20, § 1º, da Constituição Federal.

É curial ressaltar que todo o poder de controle e fiscalização da receita dos *royalties* compete, exclusivamente, aos legislativos estaduais e municipais e seus órgãos de fiscalização (Tribunais de Contas), no âmbito das respectivas Unidades Federadas, bem como ao Poder Judiciário estadual cabe apreciar qualquer pretensão a ele submetida em função de vício de legalidade e/ou moralidade no seu uso.

Com efeito, a organização político-administrativa adotada no Brasil, por força dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal, é de natureza federativa, sendo “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, os quais, ao lado

da União Federal, são autônomos, inexistindo qualquer nível hierárquico entre os mesmos no âmbito de suas competências.

Os postulados básicos da federação estão assentados: a) na fixação das repartições das competências de cada um de seus membros; b) na livre capacidade político-legislativa, ou seja, no poder dos seus membros de legislarem livremente acerca dos assuntos de suas competências; c) na participação, por meio dos membros integrantes do Senado Federal, na esfera de decisão legislativa federal e d) na capacidade de auto sustentar-se através do levantamento de receitas decorrentes de suas competências.

É importante destacar que a federação está plenamente preservada no sistema jurídico nacional, não podendo, em hipótese alguma, ser abolida ou violentada, seja por emenda constitucional ou lei infraconstitucional de qualquer espécie (art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal de 1988).

III - O Poder dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal de Fiscalizarem as suas Próprias Receitas Financeiras

Partindo do ponto de que as referidas receitas originárias são de titularidades dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, conforme previsto na Constituição (art. 20, § 1º), segundo entende a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, caberá a esses entes políticos a sua fiscalização e cobrança do pagamento, de modo a preservarem as respectivas autonomias federativas.

Dessa maneira, o pagamento dos *royalties* de titularidade dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal deve ser efetivado diretamente nas contas correntes dos seus titulares, como determina o art. 8º da Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989, alterado pelo art. 3º da Lei n.º 8001, 13 de março de 1990:

“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 fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional, ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal.” (Sem grifos no original)

Em função disso, o concessionário explorador dos recursos petrolíferos, minerais e hídricos deveria pagar, diretamente, aos Estados, ao DF e aos Municípios as aludidas compensações financeiras.

Na verdade, é evidente a competência dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal editarem leis para regulamentar os procedimentos de fiscalização dos cálculos e do pagamento dos *royalties*, cujos elementos constitutivos e percentuais de distribuição para cada ente político estão regulados nas leis federais¹.

Hoje, os valores correspondentes à referida compensação financeira são calculados e recolhidos a favor da Secretaria do Tesouro Nacional, que, sem que se tenha prazo

¹ Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989, 8.001, 13 de março de 1990, e 9.478, 6 de agosto de 1997.

assinado, os transfere como quer para a conta-corrente do ente político destinatário, exercendo uma indevida homologação do pagamento, substituindo ilegalmente o legítimo titular dessa receita na prática desse procedimento administrativo.

Esse procedimento para repasse indireto da receita dos Estados por parte da União, por meio da Secretaria do Tesouro Nacional, agride e limita a autonomia federativa, pois os aqueles Entes Políticos detêm capacidade para receberem, diretamente, as suas participações financeiras, sem qualquer intermediação, uma vez que a legislação federal já define a participação e destinação de cada um e o pagamento direto.

As leis federais em vigor, que regulamentam o art. 20, § 1º. da Constituição Federal, são normas gerais, de feição nacional, que estabelecem as regras básicas para o cálculo, o percentual de distribuição e a forma de pagamento dos *royalties* aos Estados, ao DF e aos Municípios.

Portanto, existem os fundamentos materiais e jurídicos necessários à manutenção do equilíbrio federativo, pois já estão previstas, no âmbito da legislação constitucional e infraconstitucional, a participação e a destinação da compensação financeira às mencionadas entidades beneficiárias.

Conclui-se, então, que a legislação federal em vigor reforça a competência dos Estados-membros para editarem leis que determinem a fiscalização do cálculo e do pagamento e autorizem a cobrança extrajudicial e judicial de suas receitas originárias, diretamente, junto ao concessionário, na medida em que há comando normativo estabelecendo os requisitos materiais para cálculo da parcela cabível a cada entidade, evitando possível conflito federativo.

“PODE O BISPO ANDAR EM “L”? QUANDO OS PRINCÍPIOS SÃO APLICADOS SEM REGRAS.”

Thiago Cardoso Araújo*

I - Uma introdução antes da introdução

O presente trabalho, parafraseando importante obra apreciada pelos partidários de um Judiciário mais atuante¹, escorado em postulados pós-positivistas, pretende ser um ataque ao pós-positivismo².

Entretanto, não se fará aqui mero “nihilismo jurídico”; ao revés, lançando-se luzes sobre as insuficiências epistemológicas da incorporação deste paradigma, empreende-se esforço dialético, para que não se jogue fora a água do banho junto com a criança.

Em suma: mais que uma crítica às contribuições teóricas do pós-positivismo, e ao denominado neoconstitucionalismo³, o que se deseja é rechaçar sua incorporação sem método, que possibilita decisões judiciais potencialmente violadoras do desenho constitucional, em nome da defesa da própria Constituição. Se a grande luta do movimento constitucionalista brasileiro construído a partir da promulgação da Constituição-cidadã envolvia a questão de sua efetivação, talvez um neoconstitucionalismo sem método seja apenas o “mal do qual pretende ser a cura”⁴.

Enfim, combate-se aqui não o remédio mas sim sua posologia.

Assim, partindo do sentimento de desconforto e incerteza ocasionado por uma conjuntura na qual sentenças proferidas em casos envolvendo disputas entre vizinhos se baseiam tão somente na dignidade da pessoa humana, tido como princípio norteador do ordenamento jurídico para resolver o conflito – e pronto, seguindo-se o “Publique-se. Registre-se. Intimem-se”, são cada vez mais frequentes, faz-se contraponto necessário. Apenas como ilustração, cita-se textualmente trecho do acórdão em questão:

“(…)”

A reiterada conduta do réu, ora apelante, negando o conserto de suas instalações elétricas, apesar do laudo prévio, viola a *dignidade humana*, ultrapassando o limite do *razoável*.⁵ (grifos nossos)

Diante desse quadro, deveria essa “crescente tendência à principialização dos julgados”⁶ ser tomada como “intrinsecamente boa”⁷, ou, ao revés, não seria possível partilhar do tom de Humberto Ávila, abaixo citado?

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. O trabalho foi apresentado no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

¹ O assunto, dada a ascensão do Judiciário, foge ao mundo jurídico e chega a ocupar as páginas das atualidades. Apenas como exemplo, tem-se recente matéria da revista VEJA tecendo loas à tendência: “Ativismo do Supremo muda o cotidiano do país.” (Edição 2075, de 27 de agosto de 2008, p. 60)

² Sim, a obra referida é *Taking Rights seriously*. O autor é Robert Dworkin. E a passagem é “general attack on positivism”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Diretos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³ Mais adiante, será discutido se os termos são coincidentes ou não.

⁴ Mais uma parafrase. A autoria é de Otto Rank, comentando a psicanálise freudiana.

⁵ Apelação Cível 2006.001.10012, 8ª. Câmara Cível, Rel. Des. Letícia Sardas, D.O. 22/06/06, pp. 36/37. Credita-se a ciência do acórdão a Fernando Ângelo Ribeiro Leal.

⁶ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada*. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 41.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*, in *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.