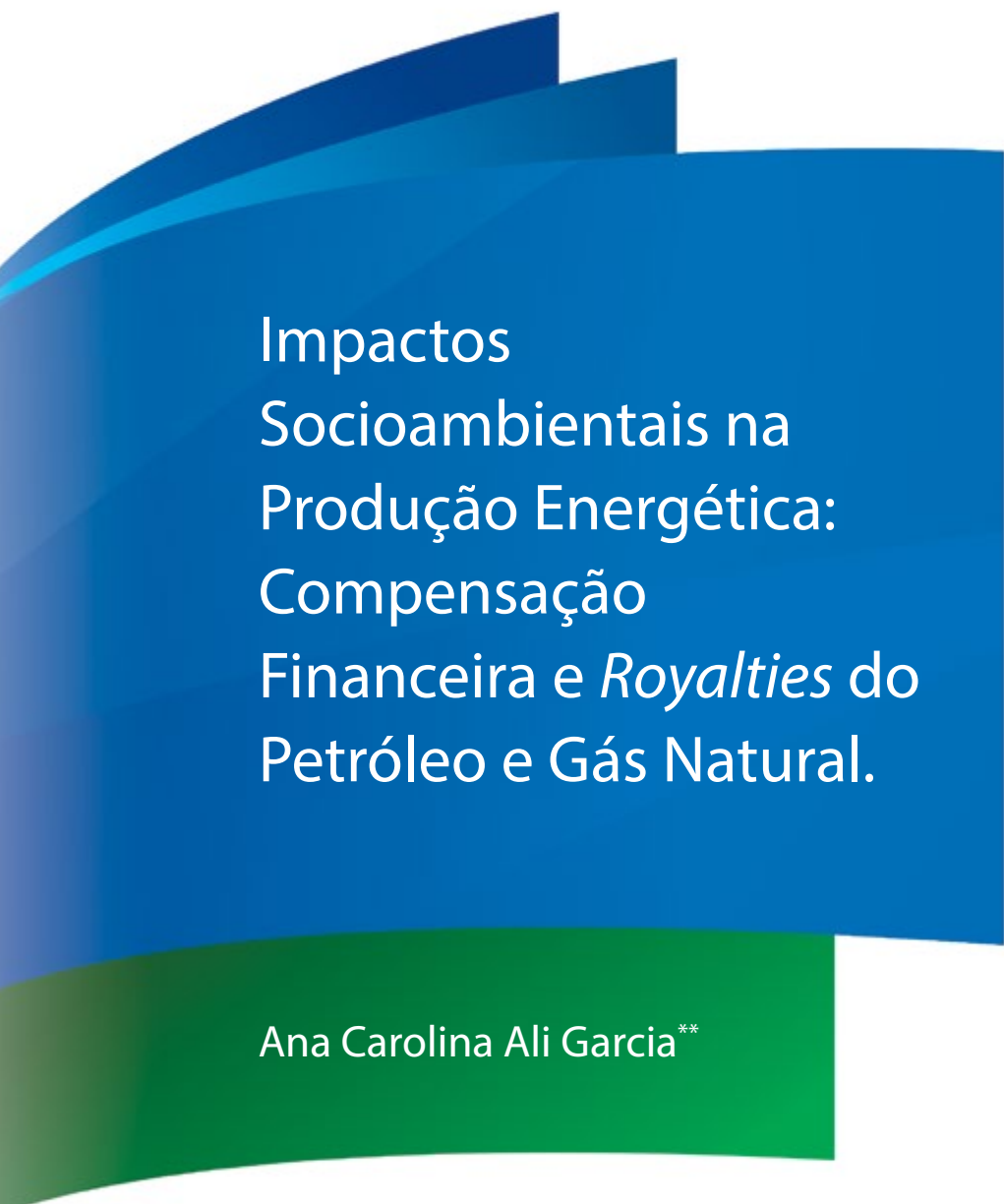


Artigos



Impactos
Socioambientais na
Produção Energética:
Compensação
Financeira e *Royalties* do
Petróleo e Gás Natural.

Ana Carolina Ali Garcia**

Resumo¹

O presente artigo traz uma *análise dogmática* das obrigações pecuniárias pela exploração de petróleo e gás natural: *participação* e *compensação financeira*, diferenciando, a partir do texto constitucional, suas naturezas e normas de incidência, e, na sequência, parte para o detalhamento das regras atuais de rateio dos *royalties* e sua subsunção em uma dessas categorias de obrigações, sob um olhar voltado, também, para as leis ordinárias regulamentadoras. Uma rápida pesquisa jurisprudencial revela que a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, suspendendo dispositivos da Lei nº 12.734/2012, que alteram o critério de rateio dos *royalties*, conflita com julgados da Corte que têm por objeto a *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais* – CFEM e a *compensação ambiental*, os quais serão objeto de análise crítica.

Sumário

1. Introdução – 2. Análise dogmática: 2.1. Direito positivo constitucional; 2.2. Órgãos da administração direta da União: destinatários?; 2.3. O conectivo ou: disjuntor includente ou excludente? – 3. Categorias de relações obrigacionais: 3.1. União X Concessionário; 3.2. União X Estados, Distrito Federal e Municípios; 3.3 Fato na norma: participação e compensação financeira – 4. Legitimados: 4.1. A legitimidade ativa na compensação financeira; 4.2. A legitimidade ativa na participação – 5. Os *Royalties* e sua natureza jurídica – 6. Lei nº 12.734/2012: linhas gerais de rateio – 7. Os *royalties* sob a disciplina da Lei nº 12.734/2012: compensação financeira e/ou participação? – 8. Participação e Compensação Financeira: classificação de receitas públicas – 9. Compensação ambiental – 10. ICMS incidente nas operações interestaduais com petróleo e gás natural X *Royalties* – 11. Conclusões – Bibliografia

** Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2005; Pós-Graduada em Direito Tributário prlo IBET (2011).

¹ Artigo publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 21. Vol. 112. Set.-out./2013. Ed. Revista dos Tribunais (RT). Coordenação-geral Edvaldo Pereira de Brito. Coordenação e Jurisprudência Marcelo Campos. Publicação oficial da Academia Brasileira de Direito Tributário – ADT.

1. Introdução

A exploração de petróleo e gás natural é regulada, essencialmente, pelas Leis nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, que institui a compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural; nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que trata da exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas.

Nesses diplomas, o rateio dos *royalties*, em função da produção, dá-se, preponderantemente, entre os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios haja a exploração ou sejam confrontantes com a exploração de petróleo e gás natural (chamados de entes *produtores ou confrontantes*); entre os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque desses recursos minerais; e entre a União.

As legislações ordinárias citadas só contemplavam a participação de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios na partilha dos *royalties*, por meio de um Fundo misto, numa alíquota de 7,5% (sete e meio por cento), incidente, apenas, sobre a parcela dos *royalties* que excedesse a 5% (cinco por cento) da produção e desde se tratasse de exploração na plataforma continental.

Analisando o Projeto de Lei nº 2.565/2011 (nº 448/11 no Senado Federal), que visava à modificação das Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010, a Presidente da República, por meio da Mensagem nº 522, de 30 de novembro de 2012, decidiu vetar parcialmente os dispositivos que tratavam da redistribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural entre os entes da federação, sancionando a Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, e, para suprir as lacunas legislativas deixadas pelos seus vetos, editou a Medida Provisória nº 592/2012.

O Congresso Nacional, em 14 de março de 2013, derrubando as partes vetadas do respectivo Projeto, decretou e, então, a Presidente promulgou a Lei nº 12.734/2012, restando estabelecidos, linhas gerais, novos critérios de distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural, de modo que passam a

participar da partilha todos os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de Fundos Especiais próprios, quando se tratar de exploração em *áreas do pré-sal* (alíquotas de 25%² e 24,5%³) ou, em relação às demais áreas, apenas quando a exploração ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva (alíquota de 20%), além de ter sido mantido, pelo legislador ordinário, o rateio em favor dos chamados entes *produtores ou confrontantes*, dos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque e da União.

A discussão acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.734/2012 foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴, tendo a Ministra Carmén Lúcia, em decisão monocrática⁵, concedido a cautelar nos autos da ADI nº 4917/MC para suspender os dispositivos impugnados da referida lei⁶, acolhendo a tese do Governador do Estado do Rio de Janeiro⁷, sob, em síntese, os seguintes fundamentos: (i) o legislador ordinário desconsiderou a natureza indenizatória dos *royalties* ao subtrair dos entes produtores ou confrontantes valores compensatórios que

² Exploração de petróleo e gás natural em terra, rio, lago, ilha fluvial ou lacustre.

³ Exploração de petróleo e gás natural na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.916; ADI nº 4.917; ADI nº 4.918; e ADI nº 4.920, Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI nº 4.917, Relatora Ministra Cármen Lúcia, publicada no DJE nº 54, divulgado em 20.03.2013. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

⁶ Art. 42-B; 42-C da Lei nº 12.351/2010 e arts. 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; §2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E, da Lei nº 9.478/97. Obs.: Constou, equivocadamente, na decisão cautelar que todos os dispositivos suspensos eram da Lei nº 9.748/97; no entanto, a Lei nº 12.734/2012 trouxe alterações tanto na Lei nº 9.478/97, quanto na Lei nº 12.351/2010.

⁷ Argumenta, na inicial, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em síntese, que a nova legislação, ao repactuar os percentuais e a forma de rateio das receitas advindas dos *royalties*, teria privilegiado os entes *não produtores/não-confrontantes*, que não sofrem impactos e riscos associados à exploração do petróleo e que já são beneficiados pela regra especial de incidência do ICMS (nas operações interestaduais com petróleo há a incidência do ICMS no Estado de destino e não da origem do produto – art. 155, §2º, X, “b”, CF), além de ter atingido contratos de concessão já vigentes.

Petição inicial disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

lhes seriam devidos pelos danos suportados pela exploração do petróleo; (ii) a vinculação dos *royalties* aos chamados entes produtores ou confrontantes acomoda-se ao regime tributário do ICMS nas operações interestaduais com petróleo e derivados, já que o titular do tributo é o Estado de destino e não de origem do produto; (iii) a aplicação imediata das novas regras de rateio aos contratos de concessão vigentes afronta a segurança jurídica.

2. Análise dogmática

2.1. Direito positivo constitucional

De acordo com a Constituição Federal, os recursos minerais (inclusive o subsolo), o mar territorial e os recursos naturais da zona econômica exclusiva e da plataforma continental são, todos, bens da União (art. 20, incisos V, VI e IX⁸), cabendo-lhe legislar privativamente (art. 22, inciso XII⁹) e o monopólio da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural (art. 177, inciso I¹⁰), passíveis de exploração direta ou, indiretamente, por meio dos institutos da autorização ou da concessão (art. 176, §1¹¹).

⁸ Art. 20. São bens da União:

(...)

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

VI - o mar territorial;

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

¹⁰ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

¹¹ Art. 176.

(...)

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação da EC 06/1995)

As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176, *caput*, CF¹²) e ao proprietário¹³ do solo uma participação nos resultados da lavra, na forma e no valor que a lei¹⁴ dispuser (art. 176, §2º, CF¹⁵).

Aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União é assegurada, pela Constituição Federal, nos termos da lei, *participação no resultado da exploração* de petróleo ou gás natural, no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou *compensação financeira por essa exploração* (art. 20, §1º, CF¹⁶).

O §1º do art. 20 da CF é o dispositivo central objeto deste estudo e exige uma leitura sistemática com o *caput* e os incisos V, VI e IX do referido art. 20, bem como com o §1º do art. 176 e o inciso I do art. 177, todos da CF, para

¹² Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

¹³ Registre-se que a participação nos resultados da lavra a que se refere o §2º do art. 176 da CF, assegurada ao proprietário do solo, não se confunde com a participação ou compensação financeira entregue aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do §1º do art. 20 da CF. Os sujeitos ativos dessas relações jurídicas são diferentes.

¹⁴ A Lei nº 9.478/97, no art. 52, *caput*, prevê que: “Constará também do contrato de concessão de bloco localizado em terra cláusula que determine o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente, em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP” e no parágrafo único estabelece que “a participação a que se refere este artigo será distribuída na proporção da produção realizada nas propriedades regularmente demarcadas na superfície do bloco”. Já a Lei nº 12.351/2010, no art. 43, *caput*, estipula que: “O contrato de partilha de produção, quando o bloco se localizar em terra, conterá cláusula determinando o pagamento, em moeda nacional, de participação equivalente a até 1% (um por cento) do valor da produção de petróleo ou gás natural aos proprietários da terra onde se localiza o bloco. E no §1º prescreve que “a participação a que se refere o *caput* será distribuída na proporção da produção realizada nas propriedades regularmente demarcadas na superfície do bloco, vedada a sua inclusão no cálculo do custo em óleo”.

¹⁵ Art. 176. (...)

§2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

¹⁶ Art. 20. (...)

§ 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.

se extrair a seguinte norma: se a União explorar petróleo e gás natural deve partilhar com os demais entes da federação – e com seus *órgãos*, segundo a literalidade do dispositivo que será objeto de análise crítica no tópico a seguir – as receitas auferidas com essa atividade econômica, por meio da *participação no resultado da exploração*, ou deve *compensá-los financeiramente* por essa exploração, nos termos da lei.

2.2. Órgãos da administração direta da união: destinatários?

Dispõe o §1º do art. 20 da CF que “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a *órgãos da administração direta da União*, participação no resultado da exploração (...) ou compensação financeira por essa exploração.” (grifamos)

Quanto à legitimidade dos órgãos da administração direta da União para o recebimento da participação ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, a doutrina tece críticas ao dispositivo constitucional, sob o fundamento de que estes não possuem personalidade jurídica, de modo que não poderiam receber recursos diretamente, salvo a existência de fundo, sendo possível concluir que estas verbas irão, na verdade, compor o orçamento da União para, depois, serem distribuídas entre os órgãos que a lei estabeleça.

Inclusive, registre-se que a Lei nº 12.734/2012 não mais estabelece a partilha em favor de órgãos federais, como o faziam as legislações anteriores, mas, sim, fixa um percentual em benefício da própria União.

O Professor Régis Fernandes de Oliveira¹⁷, com acerto, esclarece que “o comando normativo dirige-se ao legislador para que, quando da elaboração

¹⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248.

das leis orçamentárias, distribua recursos em percentual estabelecido em regulamento ou em percentual que for atribuído em decorrência de ato inserto no orçamento anual”.

A interpretação, portanto, que deve ser dada ao §1º do art. 20 da Carta Magna é no sentido de que a norma constitucional estabeleceu, tão-somente, uma cota-parte do resultado da exploração, ainda que realizada por terceiro (concessão ou autorização), em favor da própria União, que é a titular do patrimônio. Feitas essas observações, nos ateremos, nas linhas seguintes, a enfrentar a questão da legitimidade dos demais entes da federação à participação ou à compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural.

2.3. O conectivo *ou*: disjuntor includente ou excludente?

O constituinte assegurou, nos termos da lei, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, *“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”*, consoante redação do §1º do art. 20 da CF.

O primeiro problema a ser enfrentado refere-se ao conectivo *ou* utilizado no texto constitucional, a fim de que possamos qualificá-lo como *disjuntor includente* ou *excludente*. Essa identificação é essencial para que seja possível formular as proposições admissíveis, segundo a Lógica Jurídica.

Tal conectivo, na função includente, não refuta, antes, inclui a possibilidade de ambas as proposições serem válidas, simultaneamente, admitindo um ou ambos os termos do texto, isto é, participação e compensação financeira.

O Supremo Tribunal Federal, analisando o tema, já preconizou que o §1º do art. 20 da CF trouxe ao legislador ordinário uma *alternativa* em relação às obrigações pecuniárias ali previstas e estabeleceu *naturezas diversas* a essas obrigações, mas não chegou à minúcia de dizer se essa alternativa é incluyente ou excluyente. Colha-se o julgado:

“Na verdade – na *alternativa* que lhe confiara a Lei fundamental – o que a Lei 7.990/1989 instituiu, ao estabelecer (...) Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira participação nos resultados da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de compensação financeira pela mesma exploração – outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição (...)”¹⁸ (grifamos)

Partindo-se da premissa de que participação e compensação financeira são obrigações que decorrem de fatos causais distintos e que possuem naturezas jurídicas diversas, de modo que uma não substitui tampouco exclui o direito ao recebimento da outra, entendemos que o conectivo *ou*, nesse dispositivo constitucional, foi utilizado na função *incluyente*. O Constituinte lançou ao legislador ordinário a possibilidade de instituir uma ou as duas obrigações simultaneamente.

3. Categorias de relações obrigacionais

Dos dispositivos constitucionais analisados no item precedente é possível extrair a existência de 03 (três) categorias de relações obrigacionais, a seguir individualizadas.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 485 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível em: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2013.

3.1. União x Concessionário

A primeira relação obrigacional deflagra-se entre a União, titular dos recursos minerais, e o concessionário que exercerá a atividade de exploração. Trata-se de uma relação de natureza contratual, regida pelas normas de direito administrativo, exigindo a União do particular o pagamento de uma contraprestação pela exploração do patrimônio público federal.

A concessão da exploração econômica de petróleo e gás natural insere-se no âmbito das decisões políticas da União, por recair a atividade sobre o seu patrimônio, dela não participando Estados, Distrito Federal e Municípios, meros co-legitimados para o recebimento de parte da receita advinda da exploração ou para fazer jus a uma compensação financeira pelos impactos acarretados pela atividade econômica.

Esclarece a doutrina que “Estados e Municípios não têm vínculo jurídico em relação à exploração dos serviços por parte dos concessionários. Há o elo entre União e concessionário. Estados e Municípios são credores da União, em relação à compensação. Logo, podem dela reclamar o que entender devido”¹⁹.

Com essa constatação, o argumento contido na petição inicial da ADI nº 4917, e acatado pela Ministra relatora quando da concessão da medida cautelar, no sentido de que a aplicação imediata das novas regras de rateio dos *royalties* aos contratos de concessão vigentes causaria *insegurança jurídica* resta enfraquecido, eis que a repactuação da distribuição entre os entes da federação em nada atinge a relação contratual estabelecida entre a União e o concessionário.

¹⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 215.

3.2. União x Estados, Distrito Federal e Municípios

Paralelamente a esse vínculo inaugural, destacam-se outras 02 (duas) modalidades de relações obrigacionais, figurando, em ambas, de um lado, a União, e, do outro, os Estados, Distrito Federal e Municípios, a depender da natureza da prestação pecuniária imposta pelo legislador com base na delegação constitucional: participação e compensação financeira.

A norma de incidência da *participação* pode ser assim estabelecida: se a União explorar petróleo e gás natural e auferir renda deve partilhar o resultado dessa exploração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de lucros. Trata-se de genuína distribuição de riquezas nacionais.

Já a compensação financeira tem a sua norma de incidência assim estruturada: se a União explorar petróleo e gás natural e onerar outros entes federativos com essa exploração, causando-lhes danos, deve compensá-los. Trata-se de obrigação com nítida natureza indenizatória.

Ainda que o texto constitucional não fale, expressamente, em indenização, utiliza o signo *compensação financeira*, tornando intuitiva, implícita, a ideia de reparação em pecúnia. Exatamente, esse o sentido conferido, pela Corte Suprema, à compensação financeira, conforme voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence²⁰, com trechos a seguir em destaque:

“A que espécie de *perda*, porém, se refere *implicitamente* a *Constituição*?

Não, certamente, à perda de recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensá-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados – que

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 484 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à ‘perda’ dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhes pertencem, mas exclusivamente à União.

A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera”. (grifamos)

3.3. Fato na norma: participação e compensação financeira

Indaga-se: qual, então, o *fato* na *norma* suficiente para gerar aos entes federados o direito à participação no resultado da exploração de petróleo e gás natural?

O fato suficiente para gerar o direito à participação é a exploração de petróleo e gás natural com resultado positivo (receita). Logo, a participação no resultado da exploração não possui qualquer nexo de causalidade com danos advindos da atividade econômica, mas, sim, é decorrente da propriedade da União e da exploração econômica dessa propriedade²¹.

Centralizou o constituinte a propriedade e descentralizou o resultado de sua exploração, partilhando-o entre os entes federados. Nesse contexto o argumento da posição geográfica do ente federado (entes *produtores* ou *confrontantes*) em relação ao local da exploração e os riscos e impactos causados pela atividade são elementos indiferentes à hipótese de incidência da norma de participação.

²¹ “(...) o que se tem, no caso, é a exploração, pelo particular, de um bem da União (CF, art. 20, IX; art. 176 e §§), mediante o pagamento de um preço estabelecido pela lei”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2586-4, Relator Ministro Carlos Velloso, Pleno, j. 16.05.2002). Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

E quanto ao fato na norma suficiente para desencadear o direito à compensação financeira?

O fato causal necessário para gerar essa obrigação é a exploração de petróleo e gás natural com danos. Se causar danos pela exploração de petróleo e gás natural então deve ser a obrigação do ofensor de indenizar os lesados.

A compensação financeira está atrelada não só à propriedade da União e à exploração econômica dessa propriedade, mas aos danos que a atividade acarreta, ensejando ao ofensor o dever de repará-los. Nesse caso, os impactos econômicos e socioambientais causados no local ou na região afetada pela atividade compõem, necessariamente, a hipótese de incidência da norma de compensação financeira.

4. Legitimados

4.1. A legitimidade ativa na compensação financeira

Quanto ao direito ao recebimento da compensação financeira, por se tratar, conforme conclusões estabelecidas nas linhas precedentes, de obrigação de natureza indenizatória, afigura-nos pacífica a assertiva de que são legitimados, apenas, os entes federados impactados pela atividade, sendo imperiosa uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor a ser estipulado para a prestação de cunho reparador e os danos gerados.

4.2. A legitimidade ativa na participação

Tratando-se de participação, a questão central quanto aos legitimados ao seu recebimento exige que se defina, antes, se consta, ou não, no texto constitucional, algum critério limitador do rateio da receita entre os entes

beneficiários genericamente indicados pelo constituinte, a saber: Estados, Distrito Federal e Municípios.

Da leitura do §1º do art. 20 extrai-se ter sido assegurado aos entes federados participação ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural *no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva*.

Entendemos que a expressão “no respectivo”, contida no texto constitucional, refere-se a todos aqueles termos que compõem o critério espacial da norma, a saber: território, plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva. Desse modo, onde consta *no respectivo território* deve ser lido como *no respectivo território nacional* e não no território do Estado X ou do Município Y, já que tal expressão é aplicável, também, às demais categorias de espaços que integram o conjunto.

Quando se diz *no respectivo território* o que se faz é integrar as áreas terrestres do Estado brasileiro no conjunto de espaços onde, ocorrida a exploração, deflagrará a relação obrigacional de partilha ou de compensação.

E, fazendo uma ligação dessa expressão com as demais categorias de espaços, tem-se, por exemplo, que *no respectivo mar territorial* é o mar territorial da União, bem como que *no respectivo território dos órgãos da administração direta da União* só pode ser entendido como sendo o território nacional, ainda que a exploração seja localizada ou confrontante com o território de determinado Estado ou Município.

Assim, *no respectivo* refere-se a todas as categorias espaciais contidas na norma, enquanto integrantes do espaço nacional, e não apenas à expressão *território* para fins de limitar o direito à participação ao território de determinado Município ou Estado.

Ao se concluir pela vinculação constitucional do direito à *participação*, apenas, aos entes federados em cujo território haja a exploração ou sejam confrontantes com o local da exploração acaba-se por se igualar categorias

de obrigações que decorrem de fatos causais diversos, conferindo-se natureza indenizatória tanto à participação quanto à compensação, com o que, definitivamente, não concordamos. Seria o mesmo que dizer que o constituinte valeu-se, simultaneamente, de termos com sentidos diversos – participação e compensação financeira – para se referir a uma única categoria de obrigação.

No mais, o *caput* do art. 176 da Constituição Federal, prescreve que *o domínio das jazidas, em lavra ou não, e dos demais recursos minerais não se confunde com a propriedade que recai sobre o solo ou região onde ocasionalmente se encontrem*, para fins de exploração ou aproveitamento econômico. Sobre o tema, trecho do voto do Ministro Carlos Ayres²²:

“(…) Tal como faz com o dispositivo segundo o qual ‘as jazidas, em lavra, ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra’ (art. 176, cabeça), também sem precisar dizer, textualmente, que *jazidas de petróleo e gás natural se constituem num tipo de domínio distinto daquele que recai sobre o solo ou região onde ocasionalmente se encontrem*. (...)”.

Uma vez estabelecido que o fato causal da participação é a exploração de petróleo e gás natural com resultado positivo, ocorrida naqueles espaços físicos delimitados na norma constitucional, enquanto integrantes do território brasileiro, e que, assim, a obrigação configura mera divisão de riquezas nacionais, não entendemos plausível outra conclusão senão a de que a partilha estabelecida na lei ordinária pode e deve alcançar todos os entes federados, por não estar o legislador, em relação a essa obrigação (participação), vinculado a nenhuma outra condicionante que não o rateio entre os legitimados eleitos pelo constituinte, da contraprestação recebida pela exploração lucrativa do patrimônio público federal.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3366/DF, trecho extraído da p. 291 do voto do Relator originário Ministro Carlos Ayres Britto, Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, j. 16.03.2005. Disponível em: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2013.

5. Os *royalties* e sua natureza jurídica

A obrigação pecuniária exigida pela exploração de petróleo e gás natural é chamada, pelo legislador ordinário, de *royalties*, conceituados legalmente como sendo *compensação financeira*. Colha-se o teor do § 1º do art. 42 da Lei nº 12.351/2010 (na redação dada pela Lei Federal nº 12.734/2012):

“os *royalties* (...) correspondem à *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. (...)” (grifamos)

Como se sabe, para a definição da natureza da obrigação é irrelevante a denominação conferida. Sobre o tema, corroborando essa lição, julgado da Corte Suprema:

“Cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do art. 4º, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada à exação”²³.

Haverá norma jurídica onde houver a seguinte mensagem: se o antecedente, então, deve-ser o conseqüente. É sobre essa estrutura que Paulo de Barros Carvalho²⁴ traça o esquema denominado *regra-matriz de incidência*, destacando na hipótese de incidência (antecedente): o critério material, o critério espacial e o critério temporal; e no conseqüente tributário: o critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e o critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 486 do voto, j. 25.09.2001. Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 239.

A partir da estruturação lógica da obrigação com dados positivos, isto é, com os elementos da lei, torna-se possível identificar sua natureza jurídica, especialmente com a conjugação de 02 (dois) destes elementos, quais sejam, o critério material e a base de cálculo.

O cálculo dos *royalties*, pela exploração de petróleo e gás natural, desde a sua origem, tem sido efetuado, por determinação legal, com base no *volume total da produção*²⁵, sem qualquer relação com a ocorrência de dano.

Levando em conta a regra civilista de que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (*caput* do art. 944 do Código Civil), para que os *royalties* ostentassem natureza indenizatória necessário seria que a lei ordinária tivesse estabelecido uma fórmula de cálculo proporcional à extensão dos danos, reveladora dos impactos trazidos pela atividade, na seara social, econômica e ambiental, e não fixado percentuais incidentes sobre o *volume da produção*, como o fez.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, com propriedade, questão similar ao analisar a natureza da *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM* e decidir que a sua incidência sobre o *faturamento líquido da venda do produto mineral após a última fase de beneficiamento* desnatura-a como compensação e a qualifica como *participação* no resultado da exploração, sendo de somenos importância a denominação dada. Vejamos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence²⁶:

²⁵ Lei nº 9.478/1997: Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo e gás natural.

(...)

Lei nº 12.51/2010: Art. 42. (...)

§1º. Os *royalties*, com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o §1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo. (redação dada pela Lei nº 12.734/2012)

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído das pp. 485-486 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

“Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei fundamental – o que a Lei 7.990-1989 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que ‘a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral’ *não foi verdadeira compensação financeira: foi sim, genuína ‘participação sobre o resultado da exploração’,* entendido o resultado não como o lucro do operador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, §1º, e do art. 176, §2º, da Constituição, *verbis*:

(...)

Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6º da Lei 7.990-89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento.

Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira ‘participação nos resultados’ da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de ‘compensação financeira’ pela mesma exploração – outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição (...). (grifamos)

Absteve-se o STF, no julgamento acima citado, de enfrentar, com definitividade, a questão dos legitimados ao recebimento da CFEM enquanto *participação* no resultado da exploração, sob o argumento de que se tratava de “tema sem interesse para o deslinde da causa”, mas sinalizou uma linha de pensamento que vai ao encontro do raciocínio por nós defendido, ao registrar, com acerto, que “impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, §1º, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério” e quanto a “não parecer unívoca essa interpretação da lei”²⁷.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 486 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

Régis Fernandes de Oliveira²⁸, analisando, também, a compensação financeira disciplinada pela Lei nº 7.990/1989, entendeu que, embora o legislador a tenha conceituado como compensação financeira tratou de verdadeira participação, outra alternativa dada pelo texto constitucional. A pretexto:

“Não haveria como disciplinar nova partilha, por outra lei, de forma a ensejar participação, uma vez que a Lei 7.990/89 *fala em compensação, mas dispõe sobre partilha*. Nem por outro motivo é que fala em produção particular, onde não há se falar em compensação, mas *há participação no faturamento por parte dos entes federativos*. (...)”. (grifamos)

De fato, o legislador ordinário, ao disciplinar a cobrança da CFEM com base no *faturamento líquido resultante da venda do produto mineral após a última fase de beneficiamento*²⁹ imputou-lhe natureza de participação no resultado da produção e não de compensação financeira, já que elegeu grandeza vinculada à eficiência e ao aparato da concessionária e não ao prejuízo sofrido, sendo irrelevante a denominação dada.

Forte no precedente jurisprudencial citado, esboçamos raciocínio comparativo em relação aos *royalties* do petróleo e gás natural para concluir que, uma vez calculados, segundo a lei ordinária, sobre o *volume total da produção* revestem natureza de participação e não de compensação financeira, independentemente do conceito legal atribuído, sendo evidente a desvinculação entre o valor da obrigação e a extensão dos danos trazidos pela atividade.

O fio desse pensamento nos permite afastar o argumento da Ministra Carmén Lúcia, relatora da ADI nº 4.917, esposado em sede de decisão

²⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *ob. cit.*, 2010, p. 247.

²⁹ Lei nº 7.990/89: Art. 6º. A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial. (Vide Lei nº 8.001, de 1990)

cautelar, no sentido de que com a nova partilha alcançando todos os entes federados teria o legislador desconsiderado a natureza indenizatória dos *royalties*, subtraindo dos entes produtores valores compensatórios pelos danos que atividade lhes acarreta. Ora, revestindo os *royalties* a natureza de participação, sua entrega aos entes da federação não está vinculada aos impactos trazidos pela atividade.

Persiste, ainda, a expectativa de que o Plenário da Corte Suprema, após exame aprofundado da matéria, abstenha-se de referendar a cautelar que analisou os *royalties* sob a roupagem da Lei nº 12.734/2012, adequando o julgado ao sistema jurídico e, *mutatis mutandis*, ao precedente que tratou da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM.

6. Lei nº 12.734/2012: linhas gerais de rateio

Na combatida Lei nº 12.734/2012, o legislador determinou, linhas gerais, fosse a distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural realizada, por meio de alíquotas decrescentes, *nessa ordem*, em favor dos: (i) Estados produtores ou confrontantes; (ii) Municípios produtores ou confrontantes; e (iii) Municípios afetados por operações de embarque e desembarque. Em relação a esses destinatários, a participação no rateio dá-se, independentemente, de a exploração ocorrer em terra, lago, rio, ilha fluvial ou lacustre, plataforma continental, zona econômica exclusiva ou mar territorial e de se realizar em áreas de pré-sal ou não, bem como em relação à parcela dos *royalties* que exceda ou não a 5% (cinco por cento) da produção.

Estabeleceu o legislador, na sequência, alíquotas em favor do (i) *Fundo Especial dos Estados e Distrito Federal* e do (ii) *Fundo Especial dos Municípios* para distribuição entre todos os entes que os integram, respectivamente, quando se tratar de exploração nas áreas de pré-sal (alíquota de 25% se a exploração ocorrer em terra, lago, rio, ilha fluvial ou lacustre; e de 24,5%

quando a exploração se der na plataforma continental, zona econômica exclusiva ou mar territorial) ou nas camadas superiores apenas quando a exploração ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (alíquota de 20%).

E, por fim, fixou percentual em favor da União, vinculado a um Fundo Social. Inferindo-se do texto legal que desse rateio só não participa a União quando, cumulativamente, a exploração ocorrer: nas áreas fora do pré-sal; em terra, rio, lago, ilha fluvial ou lacustre; e em relação à parcela dos *royalties* não excedente a 5% (cinco por cento) da produção.

Como se vê, identificados na lei os legitimados, incidem, ainda, vários subcritérios para o rateio dos *royalties*: (i) se a exploração ocorre em áreas de pré-sal ou não; (ii) se a exploração se dá em lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva; (iii) se a parcela dos *royalties* paga pelos concessionários supera ou não 5% do volume total da produção.

Estabelece a Lei nº 12.734/2012, gradualmente, até o ano de 2019, uma diminuição das alíquotas referentes à participação dos chamados Estados, Distrito Federal e Municípios *produtores* ou *confrontantes* e um aumento das alíquotas estabelecidas em favor dos Fundos Especiais dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios.

A seguir, quadros demonstrativos que sintetizam, em linhas gerais, a atual forma de rateio dos *royalties*, de acordo com a Lei nº 12.734/2012:

Dividendos da Exploração	
Camadas superiores	
Parcela do valor dos <i>royalties</i> que não exceder a 5% da produção	
Lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre	70% Estados Produtores
	20% Municípios Produtores
	10% Mun. Afet. Emb. Des.
Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	20% Estados Confrontantes
	17% Municípios Confrontantes
	3% Mun. Afet. Emb. Des.
	20% Fundo Est. e DF.
	20% Fundo Mun.
	20% União Fundo Social

Dividendos da Exploração	
Camadas superiores	
Parcela do valor dos <i>royalties</i> que não exceder a 5% da produção	
Lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre	52,5 % Estados Produtores
	15% Municípios Produtores
	7% Mun. Afet. Emb. Des.
	25% União Fun. Social
Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	20 % Estados Confrontantes
	17% Municípios Confrontantes
	3% Mun. Afet. Emb. Des
	20% Fundo Est. DF
	20% Fundo Mun.
	20% União Fundo Social

Dividendos da Exploração	
Camadas Pré Sal	
Lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre	20% Est. Produt. 10% Munic. Produt. 5% Mun. Afet. Emb. Des. 25% Fundo Est. DF. 25% Fundo Mun. 15% União Fundo Social
Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	22% Estados Confront. 5% Municípios Confront. 2% Munic. Afet. Emb. Des. 24,5% Fundo Est. DF. 24,5% Fundo Mun. 22% União Fundo Social

7. Os *royalties* sob a disciplina da lei nº 12.734/2012: compensação financeira e/ou participação?

Com essa nova repactuação, numa análise primeira, poderia surgir o pensamento de que teriam sido instituídas, na mesma lei, as duas categorias de obrigações que a Constituição autoriza o legislador ordinário a fazê-lo: primeiro, *compensação financeira* quando, na entrega da receita, privilegia os entes em cujo território haja a exploração, sejam confrontantes com a exploração ou afetados por operações de embarque e desembarque; e, depois, *participação no resultado da exploração* quando há entrega a receita dos *royalties* a todos os Estados, Distrito Federal e Municípios, por

meio de seus respectivos Fundos Especiais, e à União. No entanto, esse raso pensamento não merece prosperar.

Primeiro, porque, ainda que tenha a lei estabelecido como um dos critérios de rateio a posição geográfica do ente federado em relação ao local da exploração (*produtor, confrontante* ou afetado por operações de embarque/desembarque), não elegeu, para a cobrança dos *royalties*, uma grandeza capaz de mensurar os danos que a atividade gera; ao revés, prescreveu como base de cálculo o *volume total da produção*, descaracterizando o cunho reparador supostamente pretendido à obrigação. Tratou de mera partilha de riquezas nacionais via *participação* no resultado da exploração, estabelecendo como um dos critérios a localização (próximo, confrontante ou afetado por operações de embarque e desembarque) do ente federado em relação à atividade.

Outra razão para afastar a ideia inaugural de que teriam sido criadas as duas obrigações, simultaneamente, é que a Lei nº 12.734/2012³⁰ determina que se o Estado ou Município tiver recebido sua cota-parte na condição de ente *produtor, confrontante* ou *afetado por operações de embarque e desembarque*, não poderá ser destinatário da distribuição enquanto integrante do Fundo Especial, de modo que terá que optar por receber ou a receita estipulada em decorrência da sua localização territorial ou aquela vinculada aos Fundos Especiais dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, entendeu o legislador que uma obrigação exclui a outra.

Ora, se, de fato, a distribuição com base na posição geográfica dos entes federados ostentasse caráter indenizatório – o que já afastamos diante da

³⁰ Art.42-B, inciso I, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4; inciso II, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4, da Lei nº 12.351/2010, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

Art. 48, inciso II, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4, da Lei nº 9.478/1997, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

Art. 49, inciso II, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4, da Lei nº 9.478/1997, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

base de cálculo eleita que não mede a extensão do dano – não poderia o seu recebimento excluir o direito desses beneficiários à participação, tampouco poderia estar atrelado a um *teto máximo* prefixado na lei, como o fez o legislador em relação aos Municípios ditos *confrontantes ou afetados por operações de embarque e desembarque*, cuja receita excedente a esse limite deverá retornar ao Fundo Especial dos Municípios, para rateio entre todos os seus integrantes³¹.

Como dito, trata-se de obrigações decorrentes de fatos causais diversos, logo, se um recebimento fosse, de fato, atrelado à reparação e o outro correspondesse à mera divisão da exploração de um patrimônio público, um não poderia substituir ou excluir o outro como fez o legislador, e o limite para a compensação teria que ser a extensão do dano e não um teto fixo previsto na lei.

Como se vê, o legislador estabeleceu na Lei nº 12.734/2012, tanto quando vincula percentuais aos Fundos Especiais para rateio entre todos os entes da federação como quando fixa alíquotas em favor dos entes produtores, confrontantes ou afetados por operações de embarque e desembarque, verdadeira *participação no resultado da exploração*, a partir dos critérios ali eleitos, sem qualquer afronta à Constituição Federal.

Embora ao legislador ordinário tenha sido oportunizada a prescrição de obrigação pecuniária atrelada aos danos advindos da exploração de petróleo e gás natural, no exercício dessa faculdade, os *royalties*, na forma como atualmente estabelecidos, calculados sobre o *volume total da produção* e desvinculados de qualquer critério que reflita a real extensão dos danos advindos da atividade econômica, revestem a natureza de genuína divisão dos resultados da produção, portanto, de *participação*, e não de *compensação financeira*.

³¹ Art. 50, §5º, da Lei nº 9.478/1997, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

Uma distribuição pelo legislador ordinário abrangente da receita advinda pela exploração de petróleo e gás natural, que, além de beneficiar Estados e Municípios em cujos territórios haja a exploração, sejam confrontantes com o local da exploração ou afetados por operações de embarque e desembarque, também alcança os demais entes federados, por meio de um Fundo Especial, independentemente de suas posições geográficas em relação ao local da produção, não pode ser considerada inconstitucional.

O critério utilizado pelo constituinte para a distribuição dessa receita sob a modalidade de *participação* decorre do regime constitucional dos bens da União e não dos danos experimentados pela atividade. Não se visualiza, pois, inconstitucionalidade na nova forma de distribuição dos *royalties*.

No entanto, importante ressaltar que, diante da premissa de que o constituinte oportunizou ao legislador ordinário a regulamentação de uma ou de ambas as obrigações pecuniárias simultaneamente, resta evidente a possibilidade de que venha a se instituir verdadeira *compensação financeira* pelo aproveitamento de petróleo e gás natural visando à indenização daqueles entes federados prejudicados pela atividade, devendo, para tanto, restar prescrito na lei um critério de cálculo do valor da obrigação que seja revelador do dano experimentado.

Situação danosa essa possível de ser mensurada nos casos de exploração de riquezas minerais em terra, lago, rio e ilha, mas um tanto mais difícil de ser imaginada e medida quando a atividade se desenvolve no mar territorial, na plataforma continental ou na zona e econômica exclusiva.

8. Participação e compensação financeira: classificação de receitas públicas

Muito embora o texto constitucional designe como *financeira* apenas a *compensação*, não se pode conceber à participação outro entendimento senão o de que possui, também, *natureza financeira*, tratando-se, ambas, de *obrigações pecuniárias* que geram aos beneficiários uma *receita pública*. E, de acordo com o Direito Financeiro, toda receita pública há de ser classificada segundo a Lei nº 4.320/1964.

Compensação e participação não possuem natureza tributária porque a exigência dessas prestações não decorre de uma relação de poder, de soberania por parte do Estado que visa a arrecadar receitas para o custeio de despesas públicas, ínsita aos tributos. A causa de seu pagamento é a exploração de um bem público pertencente à União e não a mera arrecadação pelo Estado de receitas para o custeio de gastos públicos. Tampouco se trata de *preço público*, já que a contraprestação não decorre de uma relação jurídica consensual, mas, sim, de uma imposição constitucional.

A qualificação como *indenização* afigura-se adequada, apenas, à categoria de obrigação nominada de *compensação financeira*, numa alusão às perdas a que alude implicitamente o §1º do art. 20 da CF; já a participação no resultado da exploração não ostenta natureza indenizatória.

As receitas recebidas pela União a título de *participação* no resultado da exploração – modalidade constitucional na qual se subsumem os *royalties* segundo os critérios das legislações ordinárias vigentes – classificam-se, para a União, como receitas correntes de natureza patrimonial (art. 11, *caput* e §4º³²), eis que fruto da exploração do próprio patrimônio da União, e, logo, receitas *originárias* (art. 20, incisos V, VI e IX, da CF). A pretexto, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal:

“(...) tratar-se de receita patrimonial da União (receita originária), de caráter não tributário e consistente em uma remuneração decorrente da utilização de propriedade estatal para fins econômicos.

De fato, os *royalties* do petróleo caracterizam-se como receita patrimonial originária, a qual decorre da exploração de uma parcela do patrimônio da União (...).³³

Já os Estados e Municípios não têm vínculo jurídico com os concessionários que exploram a atividade econômica em pauta³⁴. Há uma relação entre a União e os concessionários. Estados, Distrito Federal e Municípios são credores da União, por terem assegurada pela Carta Magna uma cota-parte do produto arrecadado com a exploração de bem público federal, sob o regime de partilha.

³² Art. 11. A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§1º São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982) (grifamos)

§2º São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§3º O superávit do Orçamento Corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o Anexo nº 1, não constituirá item de receita orçamentária. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§ 4º A classificação da receita obedecerá ao seguinte esquema: (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982) (grifamos)

RECEITAS CORRENTES; RECEITA TRIBUTÁRIA; Impostos; Taxas; Contribuições de Melhoria; RECEITA DE CONTRIBUIÇÕES; RECEITA PATRIMONIAL; RECEITA AGROPECUÁRIA; RECEITA INDUSTRIAL; RECEITA DE SERVIÇOS; TRANSFERÊNCIAS CORRENTES; OUTRAS RECEITAS CORRENTES; RECEITAS DE CAPITAL; OPERAÇÕES DE CRÉDITO; ALIENAÇÃO DE BENS; AMORTIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS; TRANSFERÊNCIAS DE CAPITAL; OUTRAS RECEITAS DE CAPITAL.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Região, Apelação Cível nº. 480218 (2009.51.01.008602-0), 8ª Turma Especializada, Relator Juiz Federal Convocado Marcelo Pereira, j. 05.10.2010, E-DJF2R de 13.10.2010, p. 329. Disponível em: <URL://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx?js=1>. Acesso em: 17 mai. 2013.

³⁴ A possibilidade, com base na Lei nº 7.990/89 (art. 8º), de pagamento direto pelo concessionário aos Estados, Distrito Federal e Municípios de suas respectivas cotas-partes do produto arrecadado pela União com a exploração de petróleo e gás natural é regra que atinge o contrato de concessão, firmado entre a União e o concessionário, mas que não altera a natureza e a titularidade da obrigação prevista constitucionalmente.

Assim, em relação às receitas recebidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, a título de *participação*, não entendemos possível sua classificação como receita originária desses entes, eis que não são titulares dos recursos naturais explorados, os quais compõem o patrimônio federal.

Entendemos que em relação a esses entes federados, que têm garantida uma cota-parte no produto arrecadado pela União, a participação ostenta natureza de *receita corrente*, na espécie *transferência corrente*: participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na receita pública federal de natureza não tributária (art. 11, *caput*, e §4º). Trata-se, pois, de *receita pública transferida de natureza não-tributária*, arrecadada por uma unidade federativa e repassada a outra.

A pretexto, valemo-nos novamente das lições do Prof. Régis Fernandes de Oliveira³⁵ para explicar existência das receitas transferidas voluntárias paralelamente às receitas transferidas obrigatórias (de natureza tributária):

“Ao lado das obrigatórias, há as receitas transferidas ‘voluntárias’, ou seja, receitas que as entidades menores vão buscar junto às maiores, a título de ajuda. É o que se denomina transferência corrente. São dotações à quais não corresponde uma contraprestação e podem ocorrer entre as unidades federadas. É o caso da transferência de um veículo para o Município, tal como uma ambulância, ou da destinação de recursos para recuperação de vias, para obras de saneamento etc.”

Assim dispõe o §1º do art. 20 da CF: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma

³⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 108-109.

continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

Realizando, com acerto, essa diferenciação da natureza das receitas públicas advindas dos *royalties* em relação aos seus titulares, União e Estados, Distrito Federal e Municípios, a Ministra Ellen Gracie assim pontuou, nos autos do MS nº 24.312-1/DF³⁶:

“(...) A leitura do art. 20, V e IX da Constituição Federal, ao dispor que os *recursos naturais da plataforma continental e recursos minerais são bens da União*, ao meu juízo, *induz, à conclusão de serem também da União, e não dos Estados, o resultado da exploração destes recursos.*”

O fato da Carta Maior assegurar no §1º do mesmo dispositivo a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nessa mesma exploração, *não transforma estes recursos em receitas originárias destes entes federativos*, não se confundindo também com as receitas tributárias, previstas no artigo 157 e 158 da Constituição Federal.”

No entanto, na continuidade do julgamento, a Ministra Ellen Gracie³⁷ modificou seu entendimento, para, acompanhando os demais Ministros, entender que *“a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos* (CF, art. 20, § 1º)”, não obstante a propriedade da União em relação a esses recursos minerais.

Logo, diferentemente das nossas conclusões o Supremo Tribunal Federal³⁸ pacificou o entendimento no sentido de que a participação e a compensação

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 24.312-1/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Pleno, j. 19.02.2003. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.313-1/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Pleno, j. 19/02/2003.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag REG no Agravo Instrumento nº 453.025-1/DF (2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.05.2006); RE nº 228.800-5 (STF, 1ª T., Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 25.09.2001); MS nº 24.312-1/DF (STF, Pleno, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 19.02.2003). Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

financeira a que alude o §1º do art. 20 da CF são receitas originárias não só da União, mas, também, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo que, segundo esse raciocínio, o ingresso desses recursos financeiros nos cofres desses entes, segundo as classificações da Lei nº 4.320/1964, subsumir-se-ia à modalidade *receita corrente*, na espécie *outras receitas correntes* (art. 11, § 4º da Lei nº 4.320/64).

Para aqueles que fazem coro às vozes de que o ingresso dos *royalties*, enquanto *participação* no resultado da exploração, configura receita originária dos Estados e Municípios, necessário seria, para se manter coerência com tal raciocínio, uma alteração da regra-matriz de incidência, a fim de se elevar à condição de sujeitos ativos dessa obrigação os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em posição equivalente àquela ocupada pela União, com o que não concordamos, por conflitar com as categorias de obrigações que identificamos no texto constitucional. Trata-se de mera distribuição de riquezas federais, fruto, pois, da exploração do patrimônio da União.

Já a compensação financeira, uma vez estabelecida como sendo obrigação de natureza indenizatória, ainda que advinda da exploração de bem público federal, entendemos que se trata, sim, de *receita originária* dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que sofreram danos. No entanto, reitera-se, não se subsume à categoria de *receita patrimonial* – como o é para a União, titular do bem explorado –, mas, sim, à hipótese de *receita corrente*, na espécie *outras receitas correntes*, segundo os ditames da Lei nº 4.320/64.

9. Compensação ambiental

Diante da legislação que atualmente regula a atividade petrolífera e estabelece os *royalties* como *participação*, e não como *compensação financeira*, indaga-se: os danos ambientais acarretados pela exploração de petróleo e gás natural encontram-se à margem de reparação pelo infrator?

Absolutamente, não. Os impactos ambientais da atividade petrolífera são variados, como, vazamentos, degradação de mares e praias, contaminação, interferência em áreas como os manguezais, entre outros. E a almejada conciliação da exploração de petróleo e gás natural com a conservação ambiental possui instrumentos de controle ambiental específicos, que servem para prevenir e/ou mitigar os danos decorrentes da atividade.

Há, na legislação ambiental, em decorrência do art. 225 da Constituição Federal³⁹ e dos princípios do *poluidor-pagador* e da *reparação*, e suas interconexões com o princípio da *prevenção*, instrumentos

³⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

de operacionalização da tutela jurídica do meio ambiente, visando à harmonização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Por meio do licenciamento ambiental, a entidade pública competente autoriza a localização, instalação, operação e ampliação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Concluindo a entidade ambiental competente para o licenciamento ambiental – no caso do setor petrolífero, o IBAMA – que o empreendimento será causador de significativo impacto ambiental, com fundamento no Estudo de Impacto Ambiental e no Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), o empreendedor é obrigado à *compensação ambiental*. A licença ambiental elimina o caráter de ilicitude do dano causado ao ambiente, porém não isenta o causador do dever de indenizar.

A *compensação ambiental*, prevista no art. 36 da Lei nº 9.985/2000⁴⁰, é uma reparação pecuniária imposta aos empreendimentos que serão instalados a despeito dos danos ambientais que provocarão. Deve ser entendida como um mecanismo financeiro que visa a contrabalançar os impactos ambientais ocorridos ou previstos no processo de licenciamento ambiental.

⁴⁰ Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. (Regulamento)

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (Vide ADIN nº 3.378-6, de 2008)

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.



O STF, em ação de controle de constitucionalidade (ADI nº 3.378-6/2008⁴¹), reconheceu a necessidade de haver uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental e o impacto ambiental do empreendimento.

Declarou a Corte a inconstitucionalidade parcial do §1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, para excluir do texto a expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, afastando a alíquota mínima prevista (0,5%) e a base de cálculo vinculada ao montante de investimento, por não refletirem a extensão do dano e descaracterizarem a natureza indenizatória do instituto, mantendo, no entanto, a obrigatoriedade do pagamento antecipado de uma compensação ambiental pelo empreendedor, a ser calculada pelo órgão ambiental.

A responsabilidade pelos danos ambientais impõe ao infrator, na seara cível, não só o pagamento da compensação ambiental, mas, também, a recuperação *in natura* do ecossistema impactado, nos termos do §3º do art. 225 da CF, que assim determina: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Inclusive, a reparação *in natura* está expressamente prevista no texto constitucional para o caso específico de *exploração econômica das atividades minerais* em sentido lato, preconizando o §2º do referido art. 225 da CF, que: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.”

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.378-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Pleno, j. 9.04.2008. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

Como se vê, o meio ambiente encontra-se tutelado por diversos instrumentos vigentes no sistema constitucional e legal, de maneira que o fato de a atual legislação que trata dos *royalties* do petróleo não ter-lhes conferido natureza indenizatória não coloca os danos ambientais à margem de indenização pelo infrator no desenvolvimento da atividade petrolífera.

10. ICMS incidente nas operações interestaduais com petróleo e gás natural x *royalties*

Na discussão travada acerca da Lei nº 12.734/2012, no bojo da cautelar proferida na ADI nº 4917/MC, sustentou a Ministra Carmén Lúcia a inconstitucionalidade dos dispositivos legais, sob o fundamento de que a vinculação dos *royalties* aos chamados entes *produtores* ou *confrontantes* acomodar-se-ia ao regime tributário do ICMS incidente nas operações interestaduais com petróleo e derivados, já que o titular do tributo é o Estado de destino e não de origem do produto, nos termos do art. 155, §2º, inciso X, alínea “b”, da CF⁴².

⁴² Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

Abstemo-nos de realizar estudo aprofundado em torno das regras constitucionais de repartição do ICMS nas operações com petróleo e seus derivados, eis que indiferente ao debate e, especialmente, porque desnecessário à seguinte conclusão: a vinculação das normas de distribuição dos royalties com aquelas que estabelecem o regime tributário do ICMS nas operações que destinem a outros Estados petróleo e derivados não possui amparo constitucional.

Da análise do texto da Constituição, não encontramos autorização para que o aplicador do direito venha se valer de um mecanismo de *compensação de riquezas*, em nome de um suposto *equilíbrio* na distribuição de receitas de naturezas diversas, como o são as receitas tributárias e as receitas públicas advindas dos *royalties* (*receitas correntes patrimoniais* para a União e *receitas correntes transferidas de natureza não tributária* para os Estados, Distrito Federal e Municípios).

Tampouco o constituinte legitima o Poder Judiciário a afastar determinada garantia constitucional atribuída aos entes políticos – no caso, o direito à participação ou à compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural – pelo simples fato de que os mesmos são detentores de outros privilégios constitucionais estabelecidos para matérias distintas, no caso, a regra de incidência do ICMS nas operações com petróleo e gás natural.

11. Conclusões

Partindo de uma leitura sistemática de dispositivos da Constituição Federal (art. 20, *caput*, incisos V, VI e IX e §1º; art. 176, §1º e art.177, inciso I) concluímos que o petróleo e o gás natural, enquanto espécies de recursos minerais, são bens da União e que, havendo a exploração dessas riquezas, direta ou indiretamente (concessão ou permissão), deve a União partilhar com os demais entes da federação uma parcela das receitas auferidas, por

meio da *participação no resultado da exploração*, ou deve *compensá-los financeiramente* pelos impactos acarretados pela atividade, nos termos da lei.

Ao assegurar o constituinte, no §1º do art. 20, “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 (...) *ou compensação financeira* por essa exploração” valeu-se do conectivo *ou* na função de *disjuntor includente*, admitindo a instituição de uma ou de ambas as obrigações, simultaneamente, nos termos do que vier a dispor a lei ordinária. Participação e compensação financeira são obrigações com naturezas jurídicas distintas e decorrentes de fatos causais diversos, de maneira que uma não substitui tampouco exclui o direito ao recebimento da outra.

Dos textos constitucionais estudados, extraímos a existência de 03 (três) categorias de relações obrigacionais. A primeira, de natureza contratual, entre a União, titular dos recursos minerais, e o concessionário que exercerá a atividade de exploração; e as outras, entre a União, titular dos recursos minerais, e os Estados, Distrito Federal e Municípios, sob 02 (duas) espécies: participação e compensação financeira.

Destrinchando as características principais dessas duas modalidades obrigacionais, construímos suas normas de incidência: (i) participação: se a União explorar petróleo e gás natural e auferir renda deve partilhar o resultado dessa exploração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de lucros (distribuição de riquezas nacionais); e (ii) compensação financeira: se a União explorar petróleo e gás natural e onerar outros entes federativos com essa exploração, causando-lhes danos, deve compensá-los (indenização).

Participação no resultado da exploração não possui qualquer nexo de causalidade com danos advindos da atividade econômica; ao revés, os impactos econômicos e socioambientais causados no local ou na região

afetada pela atividade são elementos que devem compor, necessariamente, apenas, a hipótese de incidência da norma de compensação financeira.

Quanto aos legitimados ao recebimento da compensação financeira, restringimo-nos, fundamentalmente, aos entes federados que tenham sofrido danos (causalidade e proporcionalidade). Já na sujeição ativa da norma de participação, inserimos todos os entes federados, demonstrando, por inúmeras razões jurídicas, que não está o legislador atrelado a nenhuma condicionante – especialmente aquela relacionada à posição geográfica do ente em relação ao local da exploração – quando visa a disciplinar mera partilha da contraprestação exigida pela exploração lucrativa do patrimônio público federal.

Forte em precedente jurisprudencial, esboçamos raciocínio comparativo entre os *royalties* e a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM para reforçar a conclusão de que, uma vez que aqueles são calculados, segundo a lei ordinária, sobre o *volume total da produção*, grandeza essa desatrelada aos danos trazidos pela exploração, revestem a natureza de participação e não de compensação financeira, independentemente da denominação legal dada.

Os quadros demonstrativos traçados no desenvolvimento desse estudo estampam as linhas gerais de rateio dos *royalties* trazidas pela Lei nº 12.734/2012 e referendam a conclusão de que a obrigação veiculada no referido diploma ostenta natureza de *genuína participação no resultado da exploração* e, como tal, legitima o rateio entre todos os entes da federação, por meio de um Fundo Especial, como consta na lei, independentemente de suas posições geográficas em relação ao local da produção, sem representar qualquer afronta ao texto constitucional.

Ressalvamos, no entanto, a possibilidade de o legislador ordinário vir a instituir outra obrigação, com verdadeira natureza de *compensação financeira* pelo aproveitamento de petróleo e gás natural, visando à indenização dos

entes impactados pela atividade, mediante a fixação na lei de um critério quantitativo da obrigação revelador da extensão dos danos experimentados.

Segundo as disposições da Lei nº 4.320/1964, a *participação*, para a União, classifica-se como *receita corrente patrimonial* e, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como *receita corrente transferida de natureza não tributária*. Já a compensação financeira apresenta-se como *receita originária* dos entes federados que sofreram danos, com destaque para a observação que, em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não se pode classificá-la como *receita patrimonial* – como o é para a União, titular do patrimônio – subsumindo-se à hipótese de receita corrente, na espécie *outras receitas correntes*.

A almejada conciliação da exploração de petróleo e gás natural com a conservação ambiental possui instrumentos de controle ambiental específicos que servem para prevenir e/ou mitigar os danos decorrentes da atividade, como a *compensação ambiental* e a *reparação in natura*.

A essência desses mecanismos de proteção ambiental, detalhada no desenvolvimento da nossa ideia, assegura que o fato de a atual legislação dos *royalties* do petróleo e gás natural não ter prescrito uma obrigação com genuína natureza indenizatória – eis que optou o legislador pela alternativa presente no texto constitucional, qual seja, participação no resultado da exploração – não coloca os danos ambientais à margem de indenização pelo infrator no desenvolvimento da atividade petrolífera.

Com essa linha de pensamento, refutam-se, um a um os argumentos que embasam a decisão cautelar que suspendeu os dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que tratam de redistribuir os *royalties* entre os entes da federação.

Primeiro, porque a tese de que teria o legislador desconsiderado a natureza indenizatória dos *royalties* ao subtrair dos entes produtores valores

compensatórios pelos danos que atividade lhes acarreta não se sustenta diante da conclusão de que os *royalties*, nos termos como previstos na legislação ordinária, revestem a natureza de *participação no resultado da exploração* e não de compensação financeira. Logo, sua entrega aos Estados, Distrito Federal e Municípios não está vinculada aos impactos trazidos pela atividade, retratando verdadeira partilha dos resultados da exploração de uma riqueza nacional, segundo critérios estabelecidos pelo legislador ordinário.

Ao atestar a natureza indenizatória dos *royalties*, sem olhar para sua base de cálculo, a cautelar analisada revela decisão conflitante, *mutatis mutandis*, com precedentes jurisprudenciais daquela Corte, objeto de rápida análise neste artigo.

A uma, com a decisão colegiada⁴³ que, acertadamente, qualificou a *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM* como participação, independentemente da denominação legal, exatamente pelo cálculo do seu valor estar atrelado à grandeza alheia aos danos trazidos pela atividade, qual seja, o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral após a sua última fase de beneficiamento.

E, a duas, com o acórdão prolatado em sede de ação direta de inconstitucionalidade⁴⁴ que reconheceu a necessidade de haver uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental e o impacto ambiental do empreendimento, afastando a alíquota mínima e a base de cálculo vinculada ao montante de investimento, previstas na lei, sob o fundamento de que esse critério quantitativo não reflete a extensão do dano e descaracteriza o cunho reparador da obrigação.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído das pp. 485-486 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível na internet: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 17.05.2013.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.378-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Pleno, j. 9.04.2008. Disponível na internet: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 17.05.2013.

Ora, para que se pudesse vislumbrar coerência em suas decisões, e, especialmente, fidelidade à Constituição Federal, só restariam ao Supremo Tribunal Federal 02 (dois) caminhos na análise das legislações que tratam dos *royalties*: (i) ou reconhecer que a obrigação não tem natureza indenizatória porque o cálculo do seu valor está atrelado à grandeza alheia aos danos trazidos pela atividade, sem, com isso, declarar a inconstitucionalidade da lei, eis que passível de subsunção da obrigação na alternativa prevista no texto constitucional, qual seja, a participação, independentemente do conceito legal; (ii) ou afastar, por vício de inconstitucionalidade, a base de cálculo eleita pelo legislador, por não refletir a extensão dos danos acarretados pela atividade e, assim, desnaturar o perfil indenizatório almejado, exigindo-se a adequação legal do critério quantitativo para a incidência da norma da compensação financeira.

Na sequência, o fundamento da cautelar em voga no sentido de que a aplicação imediata das novas regras de rateio dos *royalties* aos contratos de concessão vigentes causa insegurança jurídica restou, também, esvaziado diante da identificação e diferenciação das 03 (três) categorias de relações obrigacionais derivadas do texto constitucional, hábil a demonstrar que a repactuação da distribuição dos *royalties* entre, de um lado a União, e, de outro, os demais entes da federação, em nada atinge aquela relação contratual inaugural, firmada entre a União e o concessionário, da qual não participam os demais entes políticos, eis que inserida no campo das decisões políticas da União.

E, por fim, a pretensão do aplicador do direito de vincular a *norma constitucional de incidência do ICMS* nas operações interestaduais envolvendo petróleo e gás natural com o *critério de distribuição dos royalties*, sob o pretexto de trazer um suposto *equilíbrio* na distribuição de receitas de naturezas diversas, não encontra autorização no texto constitucional, tampouco o Judiciário encontra-se legitimado a afastar determinada garantia constitucional dos entes políticos – participação ou compensação financeira



pela exploração de petróleo e gás natural – pelo simples fato de serem esses entes detentores, também, de outros privilégios constitucionais previstos para matérias distintas, no caso, a regra de incidência do ICMS nas operações com petróleo e gás natural.

A essa altura resta claro que nos alinhamos à posição de que os *royalties*, nos termos em que previstos nas legislações ordinárias vigentes, enquadram-se na alternativa lançada pelo constituinte para a hipótese de exploração de petróleo e gás natural, qual seja, a *participação no resultado da exploração*, independentemente do conceito legal atribuído (compensação financeira), não materializando qualquer incompatibilidade com o art. 20, §1º, da Constituição Federal a destinação das receitas dos royalties aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios diversos do local da exploração de petróleo e gás natural ou detentores de territórios que confrontem com tal atividade, como o fez a Lei nº 12.734/2012.

Referências Bibliográficas

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Mar territorial, plataforma continental, competência tributária e *royalties* do petróleo: uma análise da contribuição do professor Raul Machado Horta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Edição comemorativa dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG (1892-2012). Belo Horizonte, nº ed. esp., 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de; BARRETO, Nathalia Lima. Petróleo, meio ambiente e o direito – Novas e velhas realidades. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano XIV, nº 75, set.-out./2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRISCO, Alex Vasconcellos. O pré-sal e a responsabilidade civil nas atividades petrolíferas: necessidade de conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, vol. 68, out.-dez./2012.

STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso à internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>