

ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL: SOLUÇÃO DIALOGADA PARA AS DISTORÇÕES NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO?

Ana Carolina Ali Garcia¹

RESUMO

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 Federal 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.

PALAVRAS-CHAVE: Royalties de petróleo e gás natural. Participação. Compensação. Regras de rateio. Federalismo fiscal.

INTRODUÇÃO

A expectativa de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das ações que discutem as regras de rateio dos royalties e sua subsunção como participação ou compensação financeira ganhou novo contorno com a decisão da ministra Cármen Lúcia, datada de 12 de junho de 2023, que, invocando “o alto significado do tema e a imprescindibilidade do diálogo e da cooperação institucionais para a solução dos conflitos federativos” determinou o encaminhamento de todas as ações diretas de inconstitucionalidade (nºs 4916/DF; 44.917/DF; 4.918/DF; 4.920/DF; 5.038/DF e 5.621/DF) ao Centro de Soluções Alternativas de Litígios da Suprema Corte (CESAL/STF) para a tentativa de solução dialogada da controvérsia.

O que se verifica, desde a edição da Lei nº 12.734/2012 e da sua não aplicação, por força da cautelar que perdura há 10 (dez) anos, é uma distorção no federalismo fiscal brasileiro, ante a ausência de partilha de recursos advindos da exploração de uma riqueza nacional entre todos os legitimados.

¹ Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, e, atualmente, exerce o cargo de Procuradora-Geral do Estado. Possui formações acadêmico-científicas de Bacharelado em Direito, pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB); MBA em Parcerias Público-Privadas e Concessões, Master of Business Administration, pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo; Pós-Graduação em Direito Tributário, pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; e concluiu o Programa de Desenvolvimento de Conselheiros (PDC), pela Fundação Dom Cabral. Iniciou a carreira profissional no ano de 2001, com aprovações em processos seletivos e concursos públicos. Desempenhou funções na Advocacia Pública e Privada. Enquanto Procuradora do Estado, atuou em cargos de chefias e consultora legislativa. Nomeada, em 2022, para o cargo de Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e, em 2023, novamente nomeada, pelo atual Governador do Estado, para a Direção da PGE/MS, cargo que exerce até os dias de hoje..

1. LEI Nº 12.734/2012: LINHAS GERAIS DO 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.

Merece destaque, ainda, o regime de transição de 7 (sete) anos previsto pela Lei nº 12.734/2012, que dispõe, 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, quadro demonstrativo (GOBETTI, 2023) que sintetiza, em linhas gerais, a regra de transição prevista para o rateio dos royalties, de acordo com a Lei nº 12.734/2012:

Tabela 1 - Regra de transição para repartição dos royalties e participação especial prevista pela Lei 12.734:

Royalties mar	Ano-base	1º ano	2º ano	3º ano	4º ano	5º ano	6º ano	7º ano
Estados confrontantes	26,25%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
Municípios confront. /área geoeco.	26,25%	15%	13%	11%	9%	7%	5%	4%
Mun. afetados p/ desembarque	8,75%	3%	3%	3%	3%	2%	2%	2%
Fundo especial Est. (FPE)	1,75%	21%	22%	23%	24%	25,5%	26,5%	27%
Fundo especial Mun. (FPM)	7%	21%	22%	23%	24%	25,5%	26,5%	27%
União	30%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
Part. Especial (PE)	Ano-base	1º ano	2º ano	3º ano	4º ano	5º ano	6º ano	7º ano
Estados confrontantes	40%	32%	29%	26%	24%	22%	20%	20%
Municípios confrontantes	10%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	4%
Fundo especial Est. (FPE)	-	10%	11%	12%	12,5%	13,5%	14,5%	15%
Fundo especial Mun. (FPM)	-	10%	11%	12%	12,5%	13,5%	14,5%	15%
União	50%	43%	44%	45%	46%	46%	46%	46%

Veja-se agora outro quadro (GOBETTI, 2023) com a comparação entre o cenário atual e o previsto pela regra de transição, caso ela tivesse se efetivado (transição essa que não ocorreu por força da decisão liminar proferida na ADI nº 4917, conforme acima citado):

Tabela 2 - Cenário atual vs. cenário alternativo em que vigorasse a Lei 12.734/2012 (em R\$ milhões):

Situação atual (A)	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Royalties	16.309	18.531	13.856	11.837	15.302	23.377	23.455	22.819	37.818	59.652
Part Especial	15.497	16.828	10.680	5.911	15.168	29.608	32.556	23.888	39.664	57.633
Total	31.806	35.359	24.536	17.748	30.470	52.985	56.011	46.707	77.482	117.285
Cenário atual										
União	12.349	13.667	9.282	6.312	12.022	21.596	23.158	18.435	31.075	42.804
Estados conf.	11.032	12.187	8.317	5.786	10.450	18.463	19.550	15.967	26.383	39.400
Municípios conf/afetados	7.131	8.024	5.817	4.688	6.733	10.982	11.342	10.399	16.850	29.920
Fundo Especial	1.294	1.481	1.120	962	1.266	1.944	1.960	1.887	3.174	5.162
Estados (FPE)	259	296	224	192	253	389	392	377	635	1.032
Municípios (FPM)	1.035	1.185	896	769	1.012	1.555	1.568	1.509	2.539	4.130
Cenário nova lei										
União	11.330	11.493	7.929	5.364	10.287	18.622	19.948	15.927	26.195	38.864
Estados conf.	9.657	8.647	5.604	3.830	6.437	10.649	11.247	9.401	15.558	23.524
Municípios conf/afetados	5.388	3.759	2.447	1.708	2.146	3.145	2.741	2.366	3.898	5.931
Fundo Especial	5.431	11.459	8.556	6.846	11.600	20.568	22.075	19.013	31.831	48.966
Estados (FPE)	2.522	5.730	4.278	3.423	5.800	10.284	11.037	9.507	15.915	24.483
Municípios (FPM)	2.910	5.730	4.278	3.423	5.800	10.284	11.037	9.507	15.915	24.483

Gobetti (2023) estima que ao longo dos 10 (dez) anos nos quais o mencionado regime de transição ficou suspenso, os Estados tenham deixado de receber cerca de R\$ 89 bilhões de reais pelo Fundo de Participação dos Estados (FPE).

O autor prossegue ponderando que, a pretexto de um suposto princípio constitucional implícito, segundo o qual apenas os entes confrontantes teriam exclusividade ou direito a uma parcela maior dos recursos, houve um distanciamento em relação ao próprio conceito dos royalties, que são uma compensação ao proprietário do recurso natural finito (por sua exaustão progressiva), e não uma compensação exclusivamente pelos impactos socioeconômicos e ambientais.

O que se verifica, desde a edição da Lei nº 12.734/2012 e da sua não aplicação por força da decisão liminar do Supremo é a perpetuação da concentração de recursos, em afronta aos objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Carta Magna de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “garantir o desenvolvimento nacional”.

Com efeito, a forma de distribuição dos recursos preconizada na lei de 2012, apresenta-se, também nos ensinamentos de Gobetti (2023), como “a melhor alternativa que dispomos no momento para amenizar a concentração dos royalties do petróleo, não se justificando que permaneça suspensa pelo STF depois de uma década.”

2. CONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE RATEIO DOS ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

A discussão acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.734/2012 foi levada ao Supremo Tribunal Federal, inicialmente, pelos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 4.916; ADI nº 4.917; e ADI nº 4.918; e ADI nº 4.920), tendo a Exma. Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática datada de 18 de março de 2013, concedido a cautelar nos autos da ADI nº 4917/MC para suspender os dispositivos impugnados da referida lei, acolhendo a tese do Governador do Estado do Rio de Janeiro, sob, em síntese, os seguintes fundamentos:

a) o legislador ordinário desconsiderou a natureza indenizatória dos royalties ao subtrair dos entes produtores ou confrontantes valores compensatórios que lhes seriam devidos pelos danos suportados pela exploração do petróleo;

b) 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; e

c) a aplicação imediata das novas regras de rateio aos contratos de concessão vigentes afronta a segurança jurídica.

À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios 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, CF).

O §1º do art. 20 da CF é o dispositivo central objeto do debate 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 se extrair a seguinte norma: se a União explorar petróleo e gás natural deve partilhar com os demais entes da federação 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.

Partindo da leitura sistemática proposta, 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.

O constituinte, ao assegurar, no §1º do art. 20, “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a 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 incluyente, 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 invocados, 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.

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. (BRASIL, 2001)

Haverá norma jurídica onde houver a seguinte mensagem: se o antecedente, então, deve-ser o consequente. É sobre essa estrutura que Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 239) 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 consequente tributário: o critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e o critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

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, sem qualquer relação com a ocorrência de dano (art. 47 da Lei nº 9.478/1997 e art. 42 da Lei nº 12.351/2010, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012)

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 per-

centuais 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 so- menos importância a denominação dada. Vejamos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

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 (...). (BRASIL, 2001) (grifamos)

Absteve-se o Supremo Tribunal Federal, 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”.

Régis Fernandes de Oliveira (2010), 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) (OLIVEIRA, 2010, p. 248)

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 (Art. 6º da Lei nº 7.990/89) 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 nos precedentes jurisprudenciais citados, 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.

As linhas gerais de rateio dos royalties trazidas pela Lei nº 12.734/2012 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.

Ainda, o STF, em ação de controle de constitucionalidade (ADI nº 3.3786/2008), já 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 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 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 a atividade lhes acarreta não se sustenta diante da conclusão de que os royalties, nos termos 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.

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.

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 colegiada (RE nº 228.800-5/DF) 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 inconstitucionalidade (ADI nº 3.378-6/DF) 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.

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:

a) 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;

b) 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.

E, levando-se em conta que se avizinha uma possível reforma tributária (PEC`s nº 45/2019 e nº 110/2019), é pertinente lembrar que também ela (a reforma tributária), por adotar o modelo de tributação sobre o consumo, baseado no critério do destino, auxiliará a mitigar as distorções no federalismo fiscal até aqui abordadas.

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.

CONCLUSÃO

Os argumentos expostos no presente artigo nos revelam a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal avalie o tema dos royalties de petróleo e gás natural sob uma ótica que dê o devido espaço para o federalismo fiscal e que esteja atento aos efeitos gerados por uma decisão cautelar que perdura há uma década.

Isso porque o petróleo e o gás natural são bens da União e a respeito deles pode haver duas regras matrizes aplicáveis. (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).

A participação no resultado independe de quaisquer danos causados pela atividade econômica. Por seu turno, a compensação ocorrerá nos casos em que forem verificados danos no local afetado pela atividade, a fim de mitigar os impactos econômicos e ambientais por ela causados.

A coexistência dessas duas normas de incidência é corroborada pelo conectivo “ou” prescrito no art. 20, §1º, da Constituição Federal que atua na função de disjuntor excludente, ou seja, permitindo a ocorrência de ambas as normas de incidência em conjunto ou separadamente.

Em um estudo comparativo com o que restou decidido pelo próprio STF em caso semelhante,

no qual se apreciou a constitucionalidade da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais– CFEM, restou confirmada a conclusão de que: a despeito da nomenclatura dada, a CFEM reveste-se de natureza de participação e é calculada sobre o volume total da produção, ou seja, desatrelada de possíveis e eventuais danos.

Essa análise da jurisprudência da Corte Suprema nos permite referendar o raciocínio segundo o qual os critérios de rateio previstos na Lei nº 12.734/2012 tem como razão de ser a participação de todos os entes federados na exploração dos bens (petróleo e gás natural) independentemente de sua localização geográfica e de terem sofrido ou não danos econômicos ou socioambientais.

De todo modo, revela-se urgente a necessidade de que o STF revise o tema de maneira adequada, a fim de evitar que os prejuízos sofridos pelos Estados ao longo da última década se perpetuem por ainda mais tempo, afrontando as bases de nosso federalismo fiscal.

Ao voltarmos nossos olhares para um futuro próximo, percebemos que um deslinde para o tema se aproxima, haja vista a decisão chamando os atores para o *diálogo e a cooperação institucional visando à solução dos conflitos federativos em ambiente próprio voltado à solução dialogada da controvérsia*.

O rito proposto reacende a esperança de que serão amenizados os deletérios efeitos gerados pela cautelar ao longo da última década, que acarretaram enormes prejuízos não apenas a um ou outro Estado, mas ao federalismo como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 228.800-5/DF**, 1ª Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília de 2001.

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

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Royalties do petróleo: uma década perdida para estados e municípios**. 2023. Blog do IBRE (Política Tributária). Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/royalties-do-petroleo-uma-decada-perdida-para-estados-e-municipios>. Acesso em: 12 abr. 2023.

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