

ROYALTIES DO PETRÓLEO DE GÁS: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO PARA GARANTIR COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS

João Marcelo Xavier Rodrigues

Resumo

O § 1º do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 prevê dois institutos, *participação no resultado* e *compensação financeira*, essenciais para trilhar a orientação da distribuição dos *royalties* entre os entes federados. A correta classificação financeira da receita advinda da exploração do petróleo e gás natural apresenta-se como fundamental para garantir o cumprimento de compromissos constitucionais – cite-se a recomposição dos danos sofridos e a redução das desigualdades sociais e regionais. A questão abrange, sobretudo, a interpretação dada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo em vista que o atual *modus operandi* da distribuição dos *royalties* do petróleo e gás, bem como da aplicação desses recursos financeiros, não se demonstra adequado para efetivamente assegurar o propósito de cada participação governamental.

Palavras-chave: Direito regulatório. Participações governamentais. Participação no resultado. Compensação financeira. CFEM. Distribuição. Royalties. Petróleo. Gás. Entes da federação. ADI 4917. Óleo e gás.

OIL AND GAS ROYALTIES: AN ISSUE OF INTERPRETATION TO ENFORCE CONSTITUTIONAL RIGHTS

Abstract

The first paragraph of article 20 from Brazilian Constitution provides two terms, *result sharing* and *financial compensation*, which are essential to guide the distribution of royalties among the federated entities. The correct financial classification of revenue from oil and gas exploration is required to enforce constitutional rights – cases in point are the damage restoring and the reducing social and regional inequalities. The issue covers, above all, the interpretation given by Legislative, Executive and Judiciary Powers, considering that the current *modus operandi* of distribution of oil and gas royalties, as well as the application of these financial resources, is not suitable to effectively ensure the purpose of each governmental participation.

Keywords: Regulatory law. Governmental participations. Result sharing. Financial compensation. CFEM. Royalties. Petroleum. Natural gas. Federated entities. ADI 4917. Oil and gas.

1. INTRODUÇÃO

A legislação ordinária brasileira prevê, desde 1953, a obrigatoriedade de repasse de parcela do valor do petróleo ou gás natural extraído aos Estados. Não obstante, em 1988 os *royalties* dos recursos minerais ganharam status constitucional e se configuraram como os valores financeiros pagos, mensalmente, por agentes econômicos que exploram bens públicos escassos e não renováveis. Em outras palavras, o objetivo do detentor do bem – União – é permitir a exploração de petróleo e gás, mediante arrecadação de *royalties*, com vistas remunerar à própria sociedade e, assim, possibilitar a efetivação dos compromissos assumidos pela Constituição¹.

Dessa arte, a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu art. 20, § 1º, que à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios fosse assegurada, nos termos da lei, a *participação no resultado* da exploração de petróleo ou gás natural no respectivo território ou a *compensação financeira* por essa exploração.

Portanto, cumpre observar que, nesta pesquisa, visa-se investigar os destinatários finais dos *royalties*, qual seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e como esses recursos orçamentários são utilizados. É dizer que interessa estudar em que medida cada ente federado faz jus ao recebimento de valores devidos a título de *royalties* e a finalidade pela qual esses recursos são devidos. Assim, a pesquisa será realizada pelos métodos exploratório e dedutivo, a partir da análise dos limites da interpretação da disposição constitucional sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural. Faz-se necessário, então, debruçar sobre conceitos e definições relacionados com a regulação do setor petrolífero, sendo, antes disso, imprescindível trazer à colação o dispositivo constitucional objeto da pesquisa — art. 20, § 1º:

É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a 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.

I.

I.1 LEGISLAÇÃO REGENTE DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E GÁS

¹ BRASIL. *Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 12.

A Carta maior brasileira designa o petróleo e o gás natural, considerados espécies de recursos minerais e de hidrocarbonetos², como bens da União e determina a monopolização da pesquisa e da lavra das jazidas de tais recursos³, bem como garante à empresa – que exerce a atividade exploratória – a propriedade do produto da lavra⁴. Nesse sentido, a partir da literalidade do art. 20 da Constituição Federal, extrai-se que a propriedade do petróleo é considerada como bem integrante da União, seja no subsolo terrestre – inciso IX, seja no subsolo marinho – incisos V e VI.

Nessa senda, a produção de petróleo é viabilizada pela “aquisição”, pela licitante vencedora, do direito de explorar atividade econômica monopolizada – consubstanciada na transformação de jazida em petróleo ou gás. Então, paga-se, ao proprietário dos recursos, entre outras parcelas, uma contraprestação pecuniária, denominada *royalty*: expressão de origem inglesa que significa o valor devido por terceiros ao detentor de um direito qualquer pelo uso ou exploração de seus bens⁵.

Cumprido notar que o petróleo e o gás, por não serem renováveis, são exauridos durante o processo de exploração, o que causa a perda da essência da jazida⁶ no decorrer da extração e produção – ou seja, como em algum momento não haverá mais possibilidade das jazidas serem transformadas em petróleo ou gás, defende-se a inviabilidade de tratar tais recursos minerais como frutos de determinado bem⁷. Portanto, a referida exploração pressupõe a alienação do bem extraído para o particular, que, em contrapartida, paga *royalties* ao então proprietário dos recursos⁸ – União.

² Conforme a posição do STF na ADI n. 3273-9/DF, no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, a Constituição considera recursos minerais como gênero de petróleo: “A Carta-cidadã, fiel a proposição kelseniana de que o Direito constrói suas próprias realidades, optou por ignorar as discussões geológicas e geofísicas sobre a distinção entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos (que seriam substâncias orgânicas) e os recursos minerais propriamente ditos. Isto para fazes destes últimos (recursos minerais) o gênero no qual os dois primeiros recursos naturais se encartariam. As duas topologias fundindo-se, a princípio, numa única realidade ou figura de Direito, sob o nome abrangente de recursos naturais.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, arts. 20, incs. V e IX, e 177, inc. I.

⁴ A disposição constitucional contida no art. 176 determina que as jazidas, em lavra ou não, e os 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”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, art. 176.

⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Mini Houaiss – Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro. Objetiva, 2003, p. 462.

⁶ Definição de jazida: reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção. BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Brasília: Presidência da República, art. 6º, inc. XI.

⁷ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 68.

⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 328-329.

Desse modo, no âmbito das concessões⁹ petrolíferas, os *royalties* configuram-se como contraprestação decorrente do direito de propriedade e não do direito de uso¹⁰. Nesse sentido, o petróleo e o gás natural são vendidos à empresa autorizada para sua respectiva exploração e produção, como bem preceitua Torquato¹¹:

Os *royalties* pagos pelas empresas petrolíferas consistem no preço devido ao Estado em contraprestação à alienação de um bem público, sempre que o negócio jurídico de compra e venda de petróleo estiver previsto, concomitantemente, no contrato de exploração e produção.

Observa-se que, não obstante os recursos minerais serem de propriedade da União e a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituírem monopólio da União¹² – responsável também pela concessão, restou acordado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Mandado de Segurança 24.312 / DF, que a participação ou compensação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos — apesar de a própria origem da renda não ter sido objeto de discussão. Nesta pesquisa, basta ter em mente que o repasse de *royalties* aos demais entes federados é obrigatório, com também é possível extrair do julgado supracitado.

Nesse espeque, o valor a ser pago à título de *royalties*, no caso brasileiro, é definido no próprio contrato da União com a empresa concessionária, de acordo com a legislação regente, sendo a quantidade produzida de recursos minerais utilizada como base de cálculo para o repasse.

I.2 ROYALTIES: PARTICIPAÇÃO NO RESULTADO V. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA

Inicialmente, torna-se importante definir *royalties* como gênero e diferenciar as espécies de remunerações trazidas pela Constituição Federal de 1988 – *participação no*

⁹ Entenda-se, nesta pesquisa, concessões petrolíferas no sentido *lato*. Ou seja, qualquer espécie de contrato firmado entre a Administração Pública e o particular que tenha como objeto a exploração de petróleo e gás.

¹⁰ JENNINGS, Anthony. *Oil and gas exploration contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 2.

¹¹ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria* [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 111.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3.273**. Relator Min. Eros Grau. Julgado 16.03.2005.

resultado e compensação financeira. Nesse sentido, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, delineou, em seu voto no Recurso Extraordinário 288.800/DF, que tais institutos previstos são completamente distintos e entendeu, *a priori*, que a seleção do modelo de distribuição de *royalties* seria de liberdade do legislador. No entanto, nota-se que a diferenciação conceitual encontra divergência na doutrina, tendo em vista a própria utilização desses dois termos pelo constituinte originário.

Neste artigo, adotar-se-á a concepção de que sim, há distinção entre os dois institutos ora em análise. Para firmar essa posição, é oportuno trazer o ponto de vista do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “a norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um prejuízo decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação de benefícios”¹³. Em outras palavras, a expressão *participação no resultado* denota aquela parcela de *royalties* calculada sobre a importância total decorrente da exploração de recursos minerais, enquanto a *compensação financeira* deve ser estimada conforme o dano sofrido por determinado beneficiário.

Independentemente de §1º do artigo 20 da Constituição Federal especificar duas expressões para se referir aos *royalties*, ou, ainda, duas formas de remunerar os beneficiários pela exploração de recursos minerais, a Lei regulamentadora, que menciona apenas a *compensação financeira*, instituiu, em verdade, o outro modelo constitucionalmente previsto – *participação nos resultados*¹⁴, como pode se extrair do artigo 6º da Lei 7.990/1989:

Art. 6º A exploração de recursos minerais ensejará o recolhimento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), nos termos do § 1º art. 20 da Constituição Federal, por ocasião: [...] [grifou-se]

Explica-se: apesar da utilização do termo *compensação financeira*, a conformação adotada pelo legislador brasileiro ordinário para a distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural é a de *participação nos resultados*, justamente porque deriva-se da falta de previsão legal que limite o valor da contraprestação pecuniária paga aos beneficiários, ao considerar que o modelo de cálculo escolhido tem como parâmetro porcentagem do

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 154.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Brasília: Presidência da República, art. 6º.

faturamento obtido pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) com a venda de recursos minerais às empresas petrolíferas concessionárias. E, por isso, o atual modelo não guarda relação com o objetivo de efetivamente compensar ou indenizar os entes prejudicados pelas atividades exploratórias¹⁵.

Neste ponto, portanto, a verdadeira *compensação financeira*, aquela forma de remuneração de *royalties* que pressupõe prejuízo do beneficiário e que detém caráter indenizatório, impõe uma limitação no cálculo do valor devido, haja vista que a atividade implica determinados danos aos entes federados¹⁶ e, quando calculada com base no resultado da exploração, considera aspectos irrelevantes para a recomposição do prejuízo sofrido. Nesse sentido, Andressa Torquato salienta:

A teoria indenizatória faz sentido apenas como critério de razoabilidade para aferir o montante a ser repassado a Estados e Municípios em cujo território ocorrem atividades extrativas, que deve ser compatível com os gastos extraordinários suportados por estes em razão da produção de petróleo.¹⁷

Nesta perspectiva, exemplifica-se os fatos do valor da contraprestação pecuniária ser auferida conforme a venda do petróleo e, também, de acordo com o preço mínimo do petróleo ser determinado pelo mercado internacional¹⁸, o que, *a priori*, não se consubstancia na pretensão de efetivamente indenizar e reparar os danos causados pela atividade exploratória. Portanto, apesar da legislação de regência (Lei n.º 7.990/1993, regulamentada pelo Decreto n.º 01/1991) mencionar apenas o termo *compensação financeira*, seu ensejo foi fundamentalmente no sentido de garantir de *participação no resultado* aos entes da federação.

Dito de outra forma, os *royalties* transferidos, no modelo brasileiro, nem sempre correspondem àquilo causado pelo dano decorrente da exploração de recursos minerais – seja a maior ou a menor – e, conseqüentemente, ao valor da reparação a qual o ente federado que suporta o prejuízo faz jus, precisamente, por ter que despender mais recursos

¹⁵ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 169.

¹⁶ Cite-se a poluição causada pela produção de hidrocarbonetos na região; o desgaste das estradas que passam os caminhões que transportam os recursos minerais; o aumento populacional que demanda maior oferta de serviços públicos, etc.

¹⁷ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 173.

¹⁸ BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 29.

com vistas ao cumprimento de suas obrigações e à consecução, via políticas públicas, de direitos fundamentais.

I.3 IMPASSE NO MODELO DE DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES*

A Constituição Federal dispõe sobre o dever da União (e não das empresas concessionárias) em transferir *royalties* para os destinatários finais, seja como *participação nos resultados* ou como *compensação financeira*. Dito isso, vale memorar que a arrecadação dos recursos financeiros e a respectiva distribuição dos *royalties* são realizados pela ANP – responsável por fazer o cálculo das importâncias devidas e o respectivo repasse para os entes beneficiários.

Quanto ao intuito de instituição de um novo regime de distribuição de *royalties*, havia o pretexto de que somente se aplicaria à exploração da reserva do pré-sal. Ocorre que foi promulgada a Lei n.º 12.734/2012 para atingir contratos não relacionados com o pré-sal e beneficiar, em grande medida, entes federados não produtores de petróleo ou gás natural.

Em oportunidade anterior, porém, a Presidência da República vetou dispositivo que previa a destinação de parcela de *royalties* para a constituição do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) – art. 64 da Lei n.º 12.351/2010. Não obstante, a maioria congressista mobilizou-se novamente para aprovar considerável avanço as sobre participações governamentais oriundas da exploração de petróleo e, ainda, sobre os campos situados fora da reserva do pré-sal, inclusive sobre aqueles já licitados sob o regime de concessão, exatamente para destiná-los às demais entidades federadas.

Enviado à Presidência da República, tal proposição legislativa foi parcialmente vetada por razão de inconstitucionalidade ante ao § 1º do art. 20 da Constituição Federal e sob o argumento de que os *royalties* fixados na legislação vigente têm natureza compensatória. Sem embargo, o parlamento brasileiro derrubou o veto e promulgou a Lei 12.734/2012 para reduzir a participação dos Estados e dos Municípios diretamente afetados pela exploração do petróleo e gás natural.

Com efeito, o Estado com maior produção de petróleo, Rio de Janeiro, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal com vistas à declaração de inconstitucionalidade de determinados dispositivos da Lei 12.734/2012 e,

subsidiariamente, ao reconhecimento da invalidade de sua aplicação às participações sobre os contratos celebrados na vigência da legislação anterior.

Assim, diante desse cenário controverso e do grande impacto financeiro caso o novo regime de distribuição de *royalties* fosse imediatamente aplicado, a Ministra Cármen Lúcia deferiu, monocraticamente, a medida cautelar na ADI n.º 4.917 para suspender os efeitos de determinados dispositivos da Lei n.º 9.478/1997 (Lei do Petróleo) com alterações promovidas pela Lei n.º 12.734/2012.

Em suma, as novas regras relativas à *participação no resultado* ou *compensação financeira* pela exploração de petróleo ou gás natural (*royalties*) visam contemplar em maior proporção as entidades federadas não produtoras. Dessa arte, é inequívoca a relevância discussão acerca da distribuição de *royalties*, que envolve repasses de vultuosos recursos financeiros e, por conseguinte, enseja eventuais conflitos entre os entes federados.

Nessa perspectiva, introduzida a legislação regente, algumas definições e o atual embate político-jurídico acerca da destinação dos *royalties* do petróleo e gás natural, o presente artigo objetiva lançar algumas ideias concernentes à sua distribuição no Brasil, consagrada no § 1º do art. 20 da Constituição Federal. O ponto a ser debatido é: a partir do referido dispositivo constitucional, como deve ser feita a distribuição dos *royalties* do petróleo e do gás natural entre os entes federados e como devem ser aplicados tais recursos para garantir os compromissos constituicionais?

II.

II.1 PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS PELA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS

Superada a exposição de pontos cruciais relativos ao § 1º do art. 20 da Constituição Federal e à distribuição de *royalties*, cabe, neste momento, melhor delinear as especificidades de cada participação governamental – *royalties lato sensu*.

As participações governamentais, previstas no edital de licitação e decorrentes do contrato firmado com a Administração Pública, são valores devidos ao poder concedente pela empresa concessionária e abrangem as seguintes parcelas: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties*; (iii) participação especial; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção da área. Porém, observa-se que, segundo a legislação regente, apenas as participações

governamentais de *royalties strictu sensu* e de pagamento pela ocupação ou retenção da área são obrigatórias.

A primeira rubrica, bônus de assinatura, corresponde à participação governamental que, caso prevista no edital, deverá ser paga integralmente pela empresa licitante, em parcela única, antes ou no ato da assinatura do contrato, com objetivo de tendo em vista a compensação dos gastos empenhados na realização dos procedimentos licitatórios¹⁹, bem como a retribuição do particular que logrou êxito para exercer um monopólio da União – exploração das jazidas de petróleo e gás natural. Em outros termos, a participação governamental de bônus de assinatura não se relaciona nem com o *resultado da exploração* nem com a *compensação financeira* garantida pelo § 1º do art. da Constituição Federal, uma vez que serve tão somente para remunerar a União, considerando os gastos com o processo de concorrência e a cessão – em sentido amplo – do direito de exercício de uma atividade econômica constitucionalmente monopolizada.

Nesse sentido, portanto, não se vislumbra qualquer direito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em receberem transferência de parcela do bônus de assinatura, pelas seguintes razões: (i) o estabelecimento da referida participação governamental no edital de licitação é faculdade da União – poder concedente, titular dos objetos licitados e do monopólio da referida atividade econômica; (ii) a natureza do bônus de assinatura, que determina seu pagamento antes mesmo de qualquer exploração de recursos minerais ou de eventual prejuízo de um Estado membro.

Em relação aos *royalties stricto sensu*, inicialmente descritos na parte I deste artigo, cumpre ressaltar que devem ser pagos mensalmente pelo concessionário, em montante correspondente a no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás, conforme previsto no edital de licitação correspondente²⁰, sendo a parcela do mínimo de 5% regulada pela Lei 7.990/1989 e a outra parcela de até 5% regulada pela Lei 9.478/1997 – Lei do Petróleo.

Como esclarecido, os *royalties* podem assumir duas espécies no sistema brasileiro, qual seja, *participação no resultado* ou *compensação financeira*. Desse modo, não restam dúvidas, por uma simples interpretação literal do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sobre a garantia de recebimento de *royalties*, nos termos da lei, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Resta saber, no entanto, em que medida

¹⁹ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público**: uma nova teoria [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 75.

²⁰ BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 20.

pode o legislador dispor acerca da parcela a que faz jus cada ente federado – o que será melhor delineado na parte III do presente artigo.

A parcela referente às participações especiais, caso estabelecida no edital e no respectivo contrato, é decorrente de excepcional volume de produção ou de grande rentabilidade, motivo pelo qual, segundo os critérios do Decreto n.º 2.705/1998, deverá ser paga no valor calculado sobre a receita bruta da produção, deduzido os *royalties* e outros custos.

Logo, assume-se a premissa de que a participação especial não é devida até que o valor de produção atinja ou ultrapasse o estabelecido pela legislação regulamentadora. Ou seja, caso isso aconteça e haja previsão no contrato com a Administração Pública, será devida a participação especial. Nesse sentido, a referida participação governamental decorre da ocorrência “qualificada” do fato gerador da incidência de *royalties* – exploração de petróleo ou gás natural e a respectiva alienação da propriedade em excedente – e, portanto, não deve ser objeto de repasse aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ora, a previsão dessa parcela no edital e no contrato é opção do poder concedente – União.

Quanto à participação governamental de pagamento pela ocupação ou retenção da área, observa-se que há obrigatoriedade de pagamento anual, de forma que o valor devido é fixado por quilômetro quadrado ou por fração da superfície do bloco, sendo o percentual aumentado pela ANP sempre que houver prorrogação do prazo de exploração. Dessa forma, a empresa concessionária deverá realizar o referido pagamento, de acordo com a faixa estabelecida no decreto regulamentador, sendo essa parcela considerada como espécie de “aluguel” pela utilização de terras da União, nas quais estão localizadas as lavras de petróleo ou de gás natural.

Isto posto, afere-se que a parcela de pagamento pela ocupação ou retenção da área constitui um meio necessário à possibilitar eventual resultado da exploração de jazidas petróleo ou gás natural, ou seja, de bens da União, o que induz, a meu ver, não ser devida a transferência desta participação governamental aos demais entes da federação.

II.2 ROYALTIES: A CLASSIFICAÇÃO FINANCEIRA

Do ponto de vista financeiro, os *royalties* constituem a entrada de recursos no patrimônio público, seja no do titular dos bens ou no do detentor do direito – beneficiários designados, no caso, pela Carta maior brasileira.

É oportuno trazer à colação parte do voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, no RE 228.800/DF, acerca da classificação dos *royalties* quanto à origem:

O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da *participação nos resultados* ou da *compensação financeira* cogitados.

A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar natureza patrimonial da receita a auferir.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre em relação aos impostos – espécie tributária não-vinculada a qualquer contraprestação estatal -, tanto a participação nos resultados como a CFEM [contraprestação financeira pela exploração de recursos minerais] têm a sua causa – direta ou indireta, como se verá – na exploração dos recursos hídricos para fins de energia elétrica, e minerais – bens integrantes do patrimônio da União (art. 20 VIII e IX). [grifou-se]

Como se pode ver, o entendimento firmado pelo STF é no sentido de que os *royalties* não possuem natureza tributária, haja vista que decorrem da alienação de recursos minerais pelo Estado. Por isso, a contraprestação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM) é devida justamente em razão da exploração de bens públicos e, conseqüentemente, conserva natureza patrimonial.

Na ocasião do julgamento do MS 24.312/DF, em relação à classificação da receita quanto ao seu vínculo, o STF definiu que os *royalties* seriam receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios, como pode se extrair da ementa a seguir:

[...] 2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), 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). [...]

Apesar da classificação dada pela Suprema Corte brasileira, sobretudo por influência do *obiter dictum* do Ministro Nelson Jobim²¹, não houve no julgamento

²¹ “Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão da constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino. A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os estados do Sul continuavam gratuitamente tributando as poupanças consumidas nos estados do Norte e do Nordeste. Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica – recursos hídricos – e petróleo. Ocorreu o seguinte: os estados onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabariam recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e energia

discussão acerca da titularidade dos recursos minerais. Omitiu-se, portanto, que tais bens públicos são pertencentes à União, bem como o fato de que os *royalties* pagos pelas empresas concessionárias passarem necessariamente pelo orçamento da União, neste caso representada pela ANP. Nesse ponto, por qual motivo os *royalties* foram classificados como receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios?

Pois bem. Não obstante a ementa supracitada determine que os *royalties* seriam receitas originárias dos entes subnacionais, a classificação de receitas públicas quanto ao seu vínculo sequer foi objeto de debate no julgamento do MS 24.312/DF. Trata-se, portanto, de um equívoco incorrido, como bem salienta Fernando Scaff:

Houve uma imprecisão no uso da expressão receita originária na ementa do referido acórdão, pois a pretexto de usar uma classificação (receitas originárias versus receitas derivadas) usou outra (receitas próprias versus receitas transferidas). E deixou de lado a questão do federalismo fiscal, em que um ente federativo transfere receitas para outros. Daí que, no caso concreto, há para os entes subnacionais, uma transferência de receita originária da União²².

É esse o entendimento da corrente doutrinária majoritária: *royalties* como receita originária da União e como receita transferida dos demais entes da federação. Ora, primeiro o titular do bem objeto do contrato arrecada o recurso para, posteriormente, transferir parcela da receita devida à cada beneficiário.

Faz-se necessário, também, fazer algumas considerações sobre a atual classificação dos *royalties* quanto à categoria econômica. A esse respeito, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público²³, em consonância com a Lei n.º 4.320/1964, dispõe:

elétrica. O que se fez? Participei disso diretamente [...] Então, qual foi o entendimento público naquela época que deu origem a dois dispositivos da Constituição? Daí porque preciso ler o parágrafo 1º do artigo 20, em combinação com o inciso X do art.155, ambos da Constituição Federal. O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros estados – petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica -, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS. [...] Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí se criou o parágrafo 1º do artigo 10. [...] estou tentando recompor a questão histórica, com isso, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convenio, ao Estado: é uma receita originária dos Estados, face à compensação da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide ICMS. Essa é a origem do problema”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: MS 24.312**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgado em 19.02.2003, Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim.

²² SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 291.

²³ BRASIL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018, p. 34.

Receitas Orçamentárias Correntes são arrecadadas dentro do exercício financeiro, aumentam as disponibilidades financeiras do Estado e constituem instrumento para financiar os objetivos definidos nos programas e ações orçamentários, com vistas a satisfazer finalidades públicas.

Receitas Orçamentárias de Capital são arrecadadas dentro do exercício financeiro, aumentam as disponibilidades financeiras do Estado e são instrumentos de financiamento dos programas e ações orçamentários, a fim de se atingirem as finalidades públicas. Porém, de forma diversa das receitas correntes, as receitas de capital em geral não provocam efeito sobre o patrimônio líquido. [grifou-se].

Desse modo, portanto, apesar das duas categorias econômicas mencionadas aumentarem a disponibilidade financeira do Estado, a relevância da diferenciação entre elas reside no seguinte fenômeno: enquanto as receitas correntes compreendem a entrada definitiva de recursos no patrimônio público, as receitas de capital ingressam no patrimônio público se, e somente se, houver diminuição de outros ativos do Estado. Em outras palavras, quando o ente estatal aufere receita de capital, o respectivo patrimônio líquido permanece inalterado, ainda que o patrimônio bruto possa ser temporariamente aumentado.

Cumpra notar que o material produzido pela Secretaria Nacional do Tesouro (STN) relaciona o termo exaustão com “a redução do valor, decorrente da exploração dos recursos minerais, florestais, e outros recursos naturais esgotáveis”²⁴. Assim, como reconhecido pelo poder público, ocorre o esgotamento e, respectivamente, a perda dos respectivos bens finda a exploração concedida.

Acontece que, na prática, os *royalties* são classificados como receita corrente, sob a justificativa de serem receitas provenientes da exploração do patrimônio público pelo particular. No entanto, dada a natureza esgotável dos recursos minerais, cabe destacar que a referida exploração enseja o pagamento de receita de capital, tendo em vista que a entrada de recursos no patrimônio público é “compensada” pela perda (exaurimento) do bem público. Assim, na medida em que o petróleo e o gás natural são explorados, ocorre verdadeira alienação de bens da União ao licitante vencedor – o que não resulta, portanto, em qualquer acréscimo no patrimônio líquido do Estado para motivar a classificação dos *royalties* como receitas correntes.

A implicação disso é que, como preconiza a Lei n.º 4.320/1964, enquanto as receitas correntes devem atender despesas classificáveis em despesas correntes, as

²⁴ BRASIL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018, p.169.

receitas de capital estão destinadas atender despesas de capital²⁵. Dessa forma, a classificação equivocada da STN faz com que os valores arrecadados a título de *royalties* sejam gastos com despesas correntes – ou seja, com o custeio da máquina pública.

Para isso, é importante trazer os conceitos de despesa corrente e de despesa de capital, respectivamente: a primeira inclui-se na categoria de despesas que não contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital, e a segunda, por outro lado, classifica-se na categoria de despesas que contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital²⁶.

Feitas as considerações relativas à questão financeira dos *royalties*, é possível tirar duas conclusões parciais: i) a classificação quanto à origem dos *royalties*, apesar do STF ter se manifestado de que seriam receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios, corresponde, em verdade, à receita originária da União — razão pela qual poderá produzir efeitos na esfera de sua distribuição; e ii) a classificação quanto à categoria dos *royalties*, embora a Administração Pública o enquadre como receitas correntes, referem-se, pelo menos em tese, à receitas de capital — o que afetará o cumprimento do fim que motiva o pagamento de *royalties*.

II.3 PRINCÍPIOS-FINS CONSTITUCIONAIS DA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES

A distribuição dos *royalties*, decorrente, justamente, da produção, exploração e alienação do petróleo e gás natural, deve, com o fito de assegurar a todos existência digna conforme os ditames de justiça social, ser norteadas pelos princípios gerais do capítulo da atividade econômica da Constituição Federal de 1988²⁷.

²⁵ “Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

§ 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.

§ 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.”

²⁶ BRASIL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018, p. 72.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, art. 170, *caput*.

Entretanto, há princípios da ordem econômica brasileira que estão mais relacionados com a distribuição de *royalties*, como: (i) a soberania nacional; (ii) a função social da propriedade; e (iii) a redução das desigualdades regionais e sociais.

Primeiramente, cumpre evidenciar que a soberania nacional é o princípio em que se sustenta o próprio ensejo à cobrança de *royalties*. Nesse sentido, só há a referida contraprestação por parte da empresa concessionária porque o Estado brasileiro, utilizando-se de sua posição soberana, legitima a União à exigência do cumprimento da referida obrigação financeira.

Por sua vez, o princípio da função social da propriedade, consubstanciado na obrigação do titular do bem em atingir uma finalidade social no decorrer de sua exploração, relaciona-se com os *royalties*, tendo em vista seu próprio caráter de compensação financeira – reparar os impactos e prevenir os riscos da indústria extrativista. Dessa forma, o princípio da função social da propriedade na seara do petróleo e gás está intrinsecamente vinculado à assegurar a todos o “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”²⁸.

Noutro giro, considerando que os *royalties* do petróleo e gás são: (i) relacionados com bens tratados no capítulo da ordem financeira da Constituição; (ii) devidos, genericamente, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – por força do disposto no § 1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988; e (iii) decorrentes da alienação de patrimônio da União; cumpre evidenciar, também, sua finalidade de cumprir com o princípio-fim da redução das desigualdades regionais e sociais.

III.

III.1 CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E GÁS

A distribuição dos *royalties* é regulada sobretudo pelas Leis n.º 7.990/1989 e n.º 9.478/1997. A primeira dispõe sobre a parcela fixa de 5% (cinco por cento), enquanto a segunda rege a parcela de até 5%, totalizando, de tal forma, o percentual de no máximo

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, art. 225, *caput*.

10% (dez por cento) sobre o valor da produção. Assim, observa-se que, de acordo com a Lei 9.478/1997, é possível a redução do percentual de *royalties* de 10% até um mínimo de 5% do volume total de produção pela ANP, desde que previsto no edital de licitação, tendo em vista os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes ao bloco.

Além do critério da alíquota – de 5% e de até 5%, a legislação estabelece o critério da localização da lavra, em terra (*onshore*) ou em mar (*offshore*). Nesse sentido, a parcela devida ao beneficiário irá variar, por enquanto, de acordo com a lei regente e com o local onde ocorrer a produção e a exploração do petróleo ou gás.

Ademais, cumpre frisar que, para fins de distribuição de *royalties*, apenas o critério territorial ganhou *status* constitucional²⁹. Ou seja, o referido critério determina que o ente federado onde ocorrer a atividade exploratória fará jus ao recebimento de *participação no resultado* ou *compensação financeira*. No entanto, isso não quer dizer que a distribuição dos *royalties* também não possa seguir, nos termos da lei, outros critérios³⁰.

No presente estudo não caberá delinear o método utilizado para aferir se certo Estado ou Município enquadra-se em determinado critério, bem como não será necessário demonstrar o cálculo realizado pela ANP para distribuir *royalties*. Aqui, bastará ter ciência dos critérios empregados pela legislação para determinar os beneficiários, por exemplo: ente federado produtor ou confrontante, Municípios confrontantes e respectiva área geoeconômica, Municípios com instalações de embarque e desembarque e zona de influência³¹.

²⁹ Art. 20, § 1º, da CF/88: “É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **a 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. [grifou-se]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020.

³⁰ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público**: uma nova teoria [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 163.

³¹ **a)** Estados produtor – terra: Estados em que se localizam poços produtores de petróleo ou gás natural; **b)** Município produtor – terra: Municípios em que se localizam poços produtores de petróleo ou gás natural; **c)** Estados confrontantes – mar: Estado confrontante a poços produtores marítimos (parcela de 5%) ou a campos marítimos (parcela de até 5%), localizados dentro das linhas dos limites interestaduais até a linha de limite da plataforma continental; **d)** Municípios confrontantes – mar: Município confrontante a poços produtores marítimos (parcela de 5%) ou a campos marítimos (parcela de até 5%), localizados dentro das linhas dos limites intermunicipais até a linha de limite da plataforma continental; **e)** Área geoeconômica - mar: Municípios próximos aos Municípios confrontantes, de acordo com as seguintes zonas: - Zona de Produção Principal: conjunto formado pelos Municípios confrontantes com os poços produtores e os municípios onde estiverem localizadas três ou mais instalações industriais para processamento, tratamento, armazenamento e escoamento ou relacionadas às atividades de apoio à exploração, produção e escoamento

Assim, é possível vislumbrar a compreensão de que, para fins de distribuição de *royalties*, deve-se considerar a correspondência de cada critério à um fato gerador distinto. A consequência disso é, justamente, que o enquadramento de um ente federado em determinado critério enseja o pagamento de uma parcela de *royalties* – cite-se o caso de um Município produtor (terra), confrontante com a lavra na plataforma continental (mar), e, ainda, detentor de instalação de embarque e desembarque de petróleo ou gás natural. Neste exemplo, portanto, tal Município faz jus ao recebimento de *royalties* de forma cumulada – ou seja, somando-se cada parcela devida.

Apesar da questão não ser pacífica, o referido entendimento não é absurdo na medida em que contempla o beneficiário consoante as atividades ou operações suportadas pelo ente federado. Não obstante, é preciso que o critério efetivamente corresponda ao dano sofrido – por exemplo, um ente federado considerado tão somente como *city gates*³² não merece ser incluído, como pretende a Lei n.º 12.734/2012, no critério de detentor de instalação de embarque e desembarque para perceber a parcela referente à *compensação financeira*.

Ademais, isso não quer dizer que, necessariamente, o ente federado é compensado na exata medida em que foi prejudicado. A *compensação financeira*, apesar de objetivar a efetiva reparação de danos, também deve conter um limite.

III.2 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO QUANTUM DE ROYALTIES DEVIDO A CADA BENEFICIÁRIO

do petróleo ou gás natural; - Zona de Produção Secundária: conjunto dos Municípios atravessados por oleodutos ou gasodutos, incluindo as respectivas estações de compressão e bombeio, destinados, exclusivamente, ao escoamento da produção; - Zona Limítrofe à Zona de Produção Principal: conjunto dos Municípios contíguos àqueles que integram a zona de produção principal, bem como municípios que, embora não atendendo ao critério da contiguidade, possam ser social ou economicamente atingidos pela produção ou exploração do petróleo ou do gás natural, segundo os critérios do IBGE; **f)** Municípios com instalações de embarque e desembarque (parcela de 5%) – terra e mar: Municípios com determinadas instalações e que houveram movimentação de petróleo ou gás natural; **g)** Municípios afetados por operações em instalações de embarque e desembarque (parcela de até 5%) – terra e mar: Municípios com determinadas instalações e que houveram movimentação de petróleo ou gás natural; **h)** Zona de influência de instalação de embarque e desembarque: municípios litorâneos que apresentem limites geográficos pela linha de costa com municípios com instalação de embarque e desembarque ou cuja linha de costa situe-se em um raio de 10km das referidas instalações, ou municípios localizados às margens de lagos, baías ou rios com instalação de embarque e desembarque. BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2001.

³² Pontos de entrega de gás pela transportadora à uma concessionária distribuidora.

Exposta a questão dos critérios relativos à distribuição dos *royalties*, cumpre, neste momento, traçar as principais modificações trazidas pela Lei 12.734/2012 – principalmente sobre aqueles dispositivos suspensos por força da liminar concedida no bojo ADI n.º 4.917/RJ.

Deve-se destacar que, com a concessão da referida medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos que visam a alterar o percentual a que faz jus cada beneficiário, a distribuição de *royalties* vem ocorrendo conforme a redação anterior da Lei n.º 7.990/1989 (parcela de 5%) e da Lei n.º 9.478/1997 (parcela de até 5%) – anteriores à supracitada Lei de 2012. Ocorre que a Lei de 2012, além de incluir os *city gates*³³ como beneficiários, visa alterar em ampla proporção a porcentagem devida aos entes que já faziam jus ao recebimento de *royalties* — sobretudo entre os produtores e os não produtores.

Portanto, a promulgação da Lei n.º 12.734/2012 detinha o condão de, em relação ao modelo vigente, diminuir a parcela de *royalties* devida aos entes produtores para aumentar a parcela de *royalties* devida aos entes não produtores – estes últimos incluídos no Fundo Social da União e nos Fundos Especiais dos Estados e dos Municípios.

Para ilustrar a situação, oportuno listar as principais pretensões da Lei 12.734/2012 na alteração da distribuição *royalties* do petróleo e gás natural entre os beneficiários:

Parcela de 5%

- Estados e Municípios confrontantes ou diretamente afetados: de 70% para 40%
- Fundo Especial dos Estados e Municípios: de 10% para 40%
- Comando da Marinha (20%) para Fundo Social da União (20%)

Parcela de até 5%

- Estados e Municípios confrontantes ou diretamente afetados: de 52,5% para 40%
- Fundo Especial dos Estados e Municípios: de 7,5% para 40%
- Comando da Marinha e Ministério da Ciência e Tecnologia (40%) para Fundo Social da União (20%)

³³ Os *city gates* passaram a ser considerados como critério de instalações de embarque e desembarque para fins de pagamento de *royalties* aos municípios afetados por tais equipamentos tendo em vista a modificação trazida pela Lei 12.734/2012 no art. 48, §3º e no art. 49, §7º, da Lei n. 9.478/1997, o que implicou na diminuição do valor devido aos beneficiários efetivamente afetados.

Nesse cenário, a forma prevista para distribuição de *royalties* consubstancia-se na repartição da receita arrecadada entre todos os entes da federação – seja para os entes produtores ou não. No entanto, a inovação da Lei de 2012 questionada é quanto à possibilidade dos entes não produtores perceberem mais *royalties* do que aqueles que sofrem com os efeitos da referida exploração mineral, justamente porque há previsão de que o ente produtor possa optar, caso entenda mais benéfico, pela parcela de *participação no resultado* em detrimento da de *compensação financeira*.

Em outras palavras, possibilita-se ao ente produtor que deveria receber a parcela de *participação no resultado*, por pertencer à federação, cumulada com a parcela de *compensação financeira*, por ser considerado diretamente afetado pelas atividades exploratórias, a escolha de apenas uma forma de remuneração.

Portanto, a mencionada inobservância pelo legislador enseja que os institutos previstos no § 1º do art. 20 da Constituição Federal sejam descaracterizados e desrespeitados, posto que a finalidade dos *royalties* – remunerar todos os entes da federação e possibilitar a recomposição dos danos pelos entes prejudicados – não estaria sendo cumprida.

III.3 A INTERPRETAÇÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIR A FINALIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES

Como visto, se os fatos geradores para percepção de *royalties* são distintos – (i) ente integrante da federação; e (ii) ente produtor ou efetivamente afetado pela exploração de petróleo ou gás, devem ser cumuláveis. Isso posto, não se pode admitir, em regra, que um ente não produtor receba, a título de *royalties*, um montante superior ao recebido pelo ente federado que deveria fazer jus às duas parcelas: *compensação financeira* e *participação no resultado*³⁴.

Neste ponto, o limite do legislador, para fins de distribuição de *royalties*, deve ser a garantia de igualdade material aos entes integrantes da federação, bem como assegurar, àqueles entes produtores, uma efetiva compensação pelos danos decorrentes da

³⁴ As exceções seriam de um ente que possui um baixo coeficiente individual, de acordo com as regras do FPM ou FPE, para fins recebimento de *participação no resultado* e possua ínfimo repasse a título da parcela de *compensação financeira* ou, ainda, de um ente federado que receba grande montante a título de *participação no resultado* por causa de seu elevado coeficiente individual.

exploração mineral — ou seja, além da possibilidade de cumulação de *participação no resultado* e de *compensação financeira*, os *royalties* devidos não podem ser calculados tão somente com base na quantidade de petróleo ou gás produzida, em virtude dessa medida não possuir qualquer relação com os prejuízos efetivamente percebidos pelo ente.

A questão financeira também é uma questão pela qual o legislador deve-se preocupar. O primeiro motivo é relativo à classificação quanto à origem, tendo em vista que, entre outros argumentos, não se pode classificar como originária dos Estados ou Municípios uma receita que é arrecadada pela ANP — órgão da Administração direta da União — e por ela distribuída aos beneficiários, passando primeiramente, portanto, pela contabilidade da STN — União.

O segundo motivo é em relação à classificação econômica, haja vista que atualmente a receita arrecadada a título de *royalties* é integralmente considerada como receita corrente. O problema dessa classificação pela Administração Pública, como visto, é que toda a despesa deverá ser efetuada, também, como corrente, o que significa que os prejuízos sofridos não serão reparados e que nem mesmo parte desses recursos financeiros será investida para as gerações futuras — que não irão gozar da receita dos *royalties* de bens sujeito à exaustão, como no caso do petróleo e do gás natural.

Cumprido notar, porém, que como a parcela de *participação no resultado* não possui a pretensão de reparar os entes federados que suportam os danos da exploração de recursos minerais, não necessariamente a mesma deva ser classificada como receita de capital³⁵, sendo, portanto, uma discricionariedade do legislador-intérprete.

Por outro lado, no que se refere a *compensação financeira*, por mais que se entenda que não ocorra a alienação do petróleo ou gás natural, a CFEM deve ser tida como receita de capital sob pena de inconstitucionalidade, tendo em vista que esta parcela é devida, como determinado pela Constituição Federal, para efetivamente reparar os danos sofridos, o que ocorre por meio de investimentos — despesa de capital³⁶.

Dessa forma, vislumbra-se duas possibilidades: a primeira delas é que os *royalties* — *participação no resultado* e *compensação financeira* — sejam integralmente classificados como receitas de capital; a segunda é a classificação da *participação no*

³⁵ Explica-se: (i) caso se entenda que a *participação no resultado* é uma receita patrimonial, considerada a exploração do patrimônio da União, possível a classificação da receita como corrente; e (ii) caso se compreenda que a *participação no resultado* é decorrente da conversão, em espécie, de bens e direitos (alienação do petróleo e gás), poderá ser classificada como receita de capital.

³⁶ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Brasília: Presidência da República, arts. 11 e 12.

resultado como receita corrente e a da *compensação financeira* como, necessariamente, receita de capital.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez trazida em que medida a legislação brasileira contempla cada beneficiário dos *royalties* do petróleo e gás, afere-se que a *participação no resultado*, como uma associação aos benefícios, dispensa a exploração de petróleo ou de gás natural no território do respectivo beneficiário. Assim, tendo em vista a igualdade entre os entes federados, pode-se aduzir que, considerando a forma federalista adotada pelo Brasil, todos deveriam receber, *a priori*, parcela idêntica, desde que à título de *participação no resultado*.

Cumprе ressaltar que, com o princípio-fim da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais e regionais explícitos na Carta Magna brasileira, vislumbra-se a possibilidade da parcela de *participação no resultado* (da exploração de recursos minerais) ser repartida segundo os critérios do Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE E FPM), haja vista que o legislador visa contemplar os entes federados de acordo com cada coeficiente individual — ou seja, com o fito de buscar maior igualdade social no país ao levar em consideração, pelo menos em tese, as peculiaridades de cada ente federado, como a população e a renda per capita.

No que tange à parcela de *compensação financeira*, pressupõe-se a exploração de petróleo ou gás natural no território do respectivo beneficiário. Em outras termos, não se visa aqui distribuir os *royalties*, igualitária ou equitativamente, entre todos os entes da federação, afinal, o repasse desta participação governamental é para precisamente compensar os danos e os gastos extraordinários suportados pelo ente federado diretamente afetado pela referida atividade.

Nesse raciocínio, somente aqueles entes da federação cujo território ocorre a exploração de petróleo ou gás natural ou por ela é realmente afetado devem configurar como beneficiários da parcela de *compensação financeira*. Isso não quer dizer, entretanto, que tais entes também não devem fazer jus ao recebimento da parcela de *participação no resultado*, haja vista que esta última é devida a todos os entes da federação, exatamente, por ser uma associação dos benefícios de um bem que, até a sua alienação, a titularidade era da União.

Portanto, resta clara e fundamental a distinção entre *participação no resultado* e *compensação financeira* no âmbito dos *royalties* do petróleo e gás. Ora, a vontade do constituinte originário não é por acaso: (i) beneficia-se quem participa do pacto federativo e (ii) compensa-se quem sofre os danos de tal exploração.

Para dar início ao cumprimento desse anseio constitucional, é preciso encontrar um método adequado para calcular o *quantum* devido a cada um dos beneficiários para que seja guardada relação com o porquê daqueles entes receberem determinado valor a título de *royalties*. Em outras palavras, não se parece nada apurado que o custo da reparação de prejuízo seja determinado de acordo com o preço internacional do petróleo e gás e, respectivamente, com a quantidade extraída.

Esse tipo de descuido por maiorias parlamentares é que fazem surgir leis que tendem a ser questionadas e, até mesmo, suspensas pelo controle judicial. Resultado: os entes federados ficam sem receber o que deveriam, subsistindo o imbróglio na distribuição dos *royalties* até que a questão seja resolvida – e não será no julgamento da ADI n.º 4917 pelo pleno do STF que a controvérsia será definitivamente solucionada.

Em relação à questão financeira, cumpre frisar a necessidade da escorreita classificação da receita advinda dos *royalties*, tendo em vista que, uma vez classificada como corrente ou de capital, o beneficiário deverá efetuar uma determinada despesa – cite-se o gasto com pessoal ou com investimentos. Desse modo, considerando que o petróleo e gás não são renováveis, bem como a atenção dada às gerações futuras pelo art. 225 da Carta Constitucional, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não podem deixar de garantir a realização das promessas constitucionais que, além de viáveis, não precisam de muitos esforços neste caso.

Quanto à distribuição dos *royalties* do petróleo e gás propriamente dita, deve-se considerar, tanto para a parcela de *participação no resultado* e como de *compensação financeira*, cada um dos critérios para o enquadramento e, respectivamente, para pagamento aos entes federados. Ou seja, tendo em vista que cada critério possui um fato gerador distinto³⁷, o cálculo do valor devido de *royalties* deve ser feito de forma cumulada, sob pena de repasses arbitrários e de descumprimento do previsto no § 1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, ao contrário do disposto na Lei n.º 12.734/2012, não se pode consentir que o instituto da *compensação financeira* seja desfigurado na medida em que

³⁷ Com exceção dos municípios com *city gates*, visto que não se apresentam como entes efetivamente afetados.

a legislação impugnada permite que o ente produtor opte exclusivamente pela *participação no resultado*. Neste caso, haveria admissão de que um ente não produtor possa receber, proporcionalmente, mais do que um ente que é prejudicado por tal exploração – deve-se pagar, portanto, as duas parcelas ao ente produtor.

O mais importante na questão de distribuição de *royalties* do petróleo e gás é ter a certeza de que entes federados não sejam privilegiados ou prejudicados em detrimento dos demais.

No entanto, o que se observa é que tanto a legislação regente, como a Lei de 2012 impugnada na Suprema Corte brasileira, carecem de um alinhamento com a nossa Constituição. Explica-se: se por um lado há o tratamento de *compensação financeira* como verdadeira *participação no resultado*, por outro também está presente o desequilíbrio entre os entes federados que sofrem e os que não sofrem com os prejuízos causados pela exploração de petróleo e gás. E a culpa não pode ser simplesmente atribuída aos entes produtores que clamam pelo recebimento da parcela de *participação no resultado* por justamente fazerem parte do pacto federativo.

Pois bem. De qualquer modo, diante do que foi aqui apresentado, é possível aferir que o atual regime de distribuição dos *royalties* é entendido sem considerar (i) a distinção dos institutos de *participação no resultado* e de *compensação financeira* e (ii) a própria classificação financeira dos recursos repassados aos entes federados. Esse descompromisso, além de promover o descumprimento dos princípios-fins constitucionais, motiva que a legislação de regência vigente seja apontada como *ainda constitucional*, bem como que a Lei 12.734/2012 seja reputada *inconstitucional* por violar a igualdade material entre os entes da federação.

Alfim, a resposta para a questão dos *royalties* aparenta ser simples: basta que haja uma interpretação séria do § 1º do art. 20 da Constituição Federal pelos Poderes Públicos para ensejar o início do escoamento repasse da receita oriunda da exploração de petróleo e gás natural e, respectivamente, da devida aplicação desses recursos financeiros – somente assim haverá, na ótica dos *royalties* do petróleo e gás natural, a garantia dos compromissos constitucionais assumidos.

3. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2020.

BRASIL. *Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2001.

BRASIL. *Decreto n.º 1, de 11 de janeiro de 1991*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Decreto n.º 2.705, de 3 de agosto de 1998*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 12.734, de 30 de novembro de 2012*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 8. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3.273*. Relator Min. Eros Grau. Julgado 16.03.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4.917*. Relatora Min. Cármen Lúcia. Decisão liminar em 18.03.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança: MS 24.312*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19.02.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: RE 228.800*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25.09.2001.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria* [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. *Mini Houaiss – Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JENNINGS, Anthony. *Oil and gas exploration contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.