



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL MARTINS MORENO

**A DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DE PETRÓLEO E GÁS
NATURAL**
ANÁLISE DA ADI 4.917

Salvador
2021

RAFAEL MARTINS MORENO

**A DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DE PETRÓLEO E GÁS
NATURAL
ANÁLISE DA ADI 4.917**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Geovane de Mori Peixoto

Salvador
2021

RAFAEL MARTINS MORENO

**A DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DE PETRÓLEO E GÁS
NATURAL**
ANÁLISE DA ADI 4.917

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Faculdade de Direito, da
Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 15 de junho de 2021.

Banca examinadora

Geovane de Mori Peixoto – Orientador _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Fábio Periando de Almeida Hirsch _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Os meus agradecimentos são destinados àqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para a minha formação durante o curso de Direito na UFBA, culminando com a elaboração deste TCC.

Agradeço pelo amor, pela compreensão, pela parceria e pelo incentivo dos meus pais Regy e Moreno, da minha irmã Isabela, de minha esposa Camila e de minha enteada Catarina, durante a caminhada na graduação em Direito e, sobretudo, neste período de ausência necessário à execução desta pesquisa.

Agradeço ao Professor Geovane, pela orientação e aconselhamento na elaboração desta pesquisa, assim como pelos conhecimentos transmitidos nas aulas de Ciência Política e de Direito Constitucional, que me fizeram despertar o senso crítico necessário à análise política e o interesse pelo estudo da Constituição como conjunto de normas e princípios basilares para uma sociedade brasileira livre e justa.

Agradeço aos membros da banca, os professores Fábio Periandro e Miguel Calmon, que se dedicaram a avaliar o meu trabalho, tecendo comentários pertinentes ao enriquecimento desta pesquisa.

Merece agradecimento, também, o colega da ANP Robson Paixão, que me disponibilizou uma série de artigos sobre *royalties* importantes para a elaboração deste trabalho.

Por fim, e não menos importante, agradeço aos amigos que fiz na Egrégia, notoriamente os nobres membros da “Procuradoria – FDUFBA”, pelo compartilhamento de ideias e experiências jurídicas e acadêmicas no decorrer da graduação.

Meu imenso agradecimento a vocês!

RESUMO

As participações governamentais sobre a exploração de petróleo e gás natural, com destaque para os *royalties* e a participação especial, alcançaram papel relevante na política social e econômica brasileira ao longo dos anos, especialmente a partir de 1988, com a previsão constitucional da natureza jurídica e dos beneficiários das participações. A explosão das verbas do petróleo, sobretudo com a exploração na camada do pré-sal, colocou Estados e Municípios produtores, confrontantes e afetados, nos termos da lei, e os demais em lados opostos na disputa por essas rendas. O resultado dessa disputa é a aprovação da Lei nº 12.734/2012, que estabelece a repartição das participações entre todos os entes federativos. O Estado do Rio de Janeiro ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, defendendo que a lei aprovada viola o pacto federativo brasileiro, ao desconsiderar a natureza compensatória dos *royalties* e por ferir o pacto originário do constituinte, que atribuiu as participações aos Estados produtores como compensação em virtude da arrecadação do ICMS sobre petróleo e gás no destino. O objetivo desta pesquisa é avaliar, à luz do pacto federativo, a constitucionalidade das regras estabelecidas pela Lei nº 12.734/2012. Para alcançá-lo, foi elaborado um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o federalismo, suas origens nos Estados Unidos, a evolução e a realidade do estado federal brasileiro, na busca pela determinação de seus contornos práticos. Foi necessário, também, estudar a natureza jurídico-constitucional das participações governamentais sobre a exploração do petróleo a partir da doutrina e da jurisprudência do STF. Adicionalmente, foram analisados argumentos contrários e a favor da distribuição das participações governamentais entre todos os entes federativos, conforme estabelecido pela Lei nº 12.734/2012. Este trabalho consiste em uma pesquisa jurídico-dogmática, mediante uso do raciocínio dedutivo. A pesquisa é elaborada a partir da metodologia exploratória-comparativa, por meio do levantamento bibliográfico, legislativa e jurisprudencial, associado com o estudo de caso da ADI 4.917. A pesquisa permitiu constatar que os *royalties* derivados da exploração de óleo e gás não têm natureza meramente compensatória, conforme entendimento do Rio de Janeiro, e que a distribuição das participações entre todos os entes não viola a sistemática segundo a qual o disposto no § 1º, art. 20, da Constituição, propõe-se a compensar a tributação do ICMS sobre petróleo e gás natural no destino, de que trata a al. 'b', inc. X, § 2º, do art. 155 da Constituição Federal. Por fim, sugere-se que a divisão dos *royalties* de que trata o inc. II, art. 48, e inc. II, art. 49, da Lei nº 9.478/1997, entre todos os entes federativos é inconstitucional, tendo em vista a sua natureza compensatória; por outro lado, é constitucional a divisão da participação especial de que trata da Lei nº 9.478/1997 e dos *royalties* a que se refere o art. 42 da Lei nº 12.351/2010, tendo em vista a sua destinação ao cumprimento dos objetivos da República, nos termos dos inc. II e III, art. 3º, da Constituição Cidadã.

Palavras-chave: federalismo; participações governamentais; *royalties*; petróleo e gás; ação direta de inconstitucionalidade; STF.

ABSTRACT

Government participation in the exploitation of oil and natural gas, with emphasis on royalties and special participation, has reached an important role in Brazilian social and economic policy over the years, especially since 1988, with the constitutional provision of a legal and of the beneficiaries of the participations. The explosion of oil funds, especially with the exploitation in the pre-salt layer, placed producing and confronting states and municipalities, under the terms of the law, and the others on opposite sides in the dispute for these rents. The result of this dispute is the approval of Law No. 12,734/2012, which establishes the sharing of interests among all federal entities. The State of Rio de Janeiro filed Direct Unconstitutionality Action No. 4,917, arguing that the approved law violates the Brazilian federative pact, by disregarding the compensatory nature of royalties and by violating the original pact of the constituent, which attributed the participation to producer states as compensation due to the collection of ICMS on oil and gas at destination. The objective of this research is to evaluate, in the light of the federative pact, the constitutionality of the rules established by Law No. 12,734/2012. To achieve this, a doctrinal and jurisprudential study on federalism, its origins in the United States, the evolution and the reality of the Brazilian federal state, in the search for the determination of its practical outlines, was prepared. It was also necessary to study the legal-constitutional nature of government participation in oil exploration based on Brazilian Federal Supreme Court doctrine and jurisprudence. Additionally, arguments against and in favor of the distribution of government stakes among all federal entities were analyzed, as established by Law No. 12,734/2012. This work consists of a legal-dogmatic research, using deductive reasoning. The research is elaborated from the exploratory-comparative methodology, through the bibliographic, legislative and jurisprudential survey, associated with the case study of the Direct Unconstitutionality Action 4,917. The survey showed that royalties derived from oil and gas exploration are not merely compensatory in nature, as understood by Rio de Janeiro, and that the distribution of holdings among all entities does not violate the system according to which the provisions of § 1, art. 20, of the Constitution, proposes to offset the ICMS tax on oil and natural gas at destination, which is dealt with in al. 'b', inc. X, § 2, of art. 155 of the Federal Constitution. Finally, it is suggested that the division of royalties referred to in inc. II, art. 48, and inc. II, art. 49, of Law No. 9,478/1997, among all federal entities is unconstitutional, in view of its compensatory nature; on the other hand, the division of the special participation referred to in Law No. 9,478/1997 and the royalties referred to in art. 42 of Law No. 12,351/2010, in view of its destination for the fulfillment of the objectives of the Republic, under the terms of inc. II and III, art. 3rd, of the Citizen Constitution.

Keywords: federalism; government participation; royalties; oil and gas; direct unconstitutionality action; Brazilian Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
AI 5	Ato Institucional nº 5
al.	alínea
ANC/1987	Assembleia Nacional Constituinte de 1987
art(s).	artigo(s)
ampl.	ampliado(a)
atual.	atualizado(a)
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
c/c	combinado com
CEUA	Constituição dos Estados Unidos da América
CFEM	Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais
CMC/STF	Centro de Mediação e Conciliação do STF
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
coord.	Coordenador(a)
CREUB/1891	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891
CREUB/1934	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
EUA	Estados Unidos da América
FE	Fundo Especial
FNM	Fundo Nacional de Mineração
FS	Fundo Social
i.e.	isto é
ICM	Imposto de Circulação de Mercadorias
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
inc.	inciso
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados

IULC	Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis
L.	Lei
MCT	Ministério da Ciência e Tecnologia
MEC	Ministério da Educação e Cultura
MMA	Ministério do Meio Ambiente
Min.	Ministro(a)
MME	Ministério das Minas e Energia
Nº	Número
N.	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
Org(s).	Organizador(es)
Petrobras	Petróleo Brasileiro S.A.
PE	Participação especial
PIS	Programa de Integração Social
PRG	Procuradoria-Geral da República
PL	Projeto de Lei
rev.	revisado(a)
STF	Supremo Tribunal Federal
ZEE	Zona Econômica Exclusiva

LISTA DE SÍMBOLOS

§	Parágrafo
%	Por cento

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O SURGIMENTO DA FEDERAÇÃO E O PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO..	14
2.1 A INDEPENDÊNCIA DAS TREZE COLÔNIAS: O NASCIMENTO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	14
2.2 OS TRAÇOS MARCANTES DO FEDERALISMO.....	16
2.2.1 A Supremacia da Constituição Federal.....	17
2.2.2 Soberania da Federação e Autonomia dos Estados-membros	18
2.2.3 Repartição das Competências Constitucionais.....	19
2.2.4 Proibição da Secessão dos Estados.....	21
2.2.5 A vontade dos Estados na Federação.....	22
2.2.6 A Suprema Corte como pacificador de conflitos federativos	22
2.3 ANÁLISE COMPARATIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO A PARTIR DO MODELO NORTE-AMERICANO	23
2.3.1 A Supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil.....	27
2.3.2 Soberania da República Federativa e Autonomia dos Entes Federados.....	28
2.3.3 Repartição das Competências Constitucionais no Brasil.....	30
2.3.4 Proibição de Secessão dos Entes Federados Brasileiros	31
2.3.5 A vontade Estadual e Distrital na Federação.....	32
2.3.6 A relevância federativa do Supremo Tribunal Federal e a intervenção estatal	32
2.4 ANÁLISE CRÍTICA DO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO PÓS-1988.....	33
2.4.1 Críticas à repartição de competências na CRFB/1988.....	34
2.4.2 A realidade brasileira e o federalismo cooperativo	36
3 A DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PACTO FEDERATIVO.....	39
3.1 BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA DO REGIME JURÍDICO DO PETRÓLEO E DA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL	40
3.1.1 Da nacionalização do subsolo ao período pré-1988	40
3.1.2 Da Constituição de 1988 à atualidade.....	43
3.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM BASE NO ART. 20, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL	47
4 ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DA DECISÃO LIMINAR DA MINISTRA CARMÉN LÚCIA E PERSPECTIVAS EM RELAÇÃO À DECISÃO DA ADI 4.917	54
4.1 ANÁLISE DA DECISÃO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA	55
4.1.1 A ausência da titularidade dos royalties por entes produtores e/ou confrontantes e a hipotética distribuição a entes sem direito a indenização	56
4.1.2 O pagamento de royalties a Estados produtores como compensação pela cobrança do ICMS sobre petróleo e gás nos Estados destinatários e a “guerra fiscal”	58
4.1.3 Perspectivas em relação ao julgamento da ADI 4.917	67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
6 REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O *royalty* e a participação especial constituem participações governamentais pagas pela exploração de petróleo e gás natural à União, aos Estados¹, ao Distrito Federal (DF) e aos municípios, antes da federação brasileira. A arrecadação e a distribuição dessas receitas variam entre os países exploradores e produtores dos recursos minerais em cada momento histórico e estão diretamente relacionadas com o direito de propriedade desses recursos naturais não-renováveis. No Brasil, o regime de arrecadação das participações governamentais, iniciado em 1938, foi alterado algumas vezes desde então, mas manteve, como base, a prioridade de pagamento aos entes subnacionais² produtores ou àqueles diretamente afetados pela exploração petrolífera.

A descoberta de petróleo e gás natural na camada do pré-sal³ em meados dos anos 2000 criou a expectativa de crescimento do pagamento de *royalties* e participação especial (PE). De acordo com dados obtidos no endereço eletrônico da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a produção de petróleo do pré-sal correspondeu a 3,39 % de um total igual a 78,71 milhões de barris de petróleo produzidos em janeiro de 2011. Para fins de comparação, a produção nacional de petróleo teve um incremento de 46,79 % em 10 anos, alcançando o total de 115,54 milhões de barris de petróleo em janeiro de 2021, enquanto a produção do pré-sal passou a representar 70,55 %, participação 20,8 vezes maior que aquela de janeiro de 2011 (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2021a).

Com a perspectiva de crescimento do pagamento de *royalties* e participação especial (PE) diante das descobertas no pré-sal, foi publicada a Lei nº 12.734/2012, que aumentou o pagamento dessas participações devidas pela exploração *offshore*⁴ de petróleo e gás natural ao DF e a Estados e municípios não-produtores e reduziu, conseqüentemente, o pagamento aos

¹ A palavra “Estado”, grafada com a vogal “e” maiúscula é utilizada, no presente trabalho, em referência ao ente político membro da federação, nos termos da CRFB/1988, art. 1º, *caput* (BRASIL, 1988). Por outro lado, a palavra “estado”, grafada com a letra “e” minúscula, faz referência à forma de organização do estado. Segundo definição de Maluf (2019), “O Estado é o órgão executor da soberania nacional.” Para Dallari (2011, p. 122), o estado é “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”

² Para o escopo deste trabalho, o ente subnacional é todo aquele distinto do ente que detém o poder central do estado federativo.

³ “O pré-sal é uma sequência de rochas sedimentares formadas há mais de 100 milhões de anos com a separação do antigo continente Gondwana nos atuais continentes sul-americano e africano.” (PRÉ-SAL PETRÓLEO, 2020)

⁴ A exploração *offshore* ocorre na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva. Por outro lado, a produção *onshore* ocorre, basicamente, em terra, rios, lagos e ilhas não-marítimas.

entes produtores. Teve início, então, uma batalha acerca da constitucionalidade ou não dessas alterações.

O Estado do Rio de Janeiro ajuizou, em 2013, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 (ADI 4.917), defendendo a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que reduziram a alíquota dessas receitas petrolíferas aos entes produtores. O então governador, Sérgio Cabral, defendeu que: **i)** a redução da alíquota de *royalties* e participação especial devidas aos Estados produtores, em conjunto com a manutenção do regime diferenciado do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) para petróleo e gás natural feriria o pacto federativo proposto pelo constituinte originário em 1988; e **ii)** que a nova divisão seria contrária à natureza compensatória dessas receitas, conforme disposto no art. 20, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). No mesmo ano, a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu, em caráter liminar, pela suspensão dos efeitos das modificações criadas pela Lei nº 12.734/2012, mantendo-se essa situação até os dias de hoje.

Diante da complexidade do tema e da existência de múltiplos argumentos favoráveis e contrários à posição pleiteada pelo Rio de Janeiro e à própria decisão liminar da Min. Cármen Lúcia, torna-se necessária a análise desses temas centrais da ADI 4.917, a fim de se aproximar de uma solução para esse problema, cujos impactos podem ser muito deletérios para a harmonia republicana e para a pacificação social.

O presente trabalho tem, como objetivo, analisar, à luz do pacto federativo, a constitucionalidade das novas regras de distribuição de *royalties* e PE estabelecidas pela Lei nº 12.734/2012 decorrentes da exploração *offshore* de petróleo e gás natural, a partir da natureza jurídica das participações governamentais de que trata o § 1º, art. 20, da CRFB/1988, e da destinação de *royalties* a Estados produtores a título de compensação pela estruturação da tributação do ICMS sobre petróleo e gás no destino, conforme determinação na al. 'b', inc. X, § 2º, do art. 155 da CRFB/1988.

Para se alcançar esse objetivo do trabalho, é necessário aprofundar o estudo sobre o federalismo e a ideia de pacto federativo, determinando-se limites práticos da sua aplicação a partir da doutrina e da jurisprudência. Torna-se necessário, também, avaliar a natureza jurídica das receitas devidas pela exploração de petróleo e gás natural, a partir do disposto no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, com base nos entendimentos doutrinário e jurisprudencial. Da mesma forma, importa avaliar argumentos favoráveis e contrários à distribuição das participações governamentais a todos os entes federativos, conforme determinado pela Lei nº

12.734/2012, para, ao final, buscar um entendimento acerca da constitucionalidade ou não dos dispositivos da Lei nº 12.734/2012.

A presente monografia está dividida em três seções, excluídas esta introdução e as considerações finais. Na primeira seção de desenvolvimento do tema, consta um estudo sobre o surgimento do federalismo e o pacto federativo brasileiro. Nessa seção, dá-se enfoque na relação da independência das treze colônias com o desenvolvimento do federalismo nos Estados Unidos da América (EUA), com destaque para as principais características do modelo. No decorrer da seção, faz-se uma comparação do federalismo brasileiro a partir do modelo norte-americano, além de avaliar os dilemas do pacto federativo no Brasil e a relação do federalismo cooperativo e com a realidade brasileira.

Na segunda seção deste trabalho, estuda-se a distribuição dos *royalties* e da participação especial sobre petróleo e gás natural no Brasil. Em seguida, faz-se uma breve consideração temporal da distribuição das participações governamentais para, em seguida, realizar um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza jurídica dos *royalties* com base no art. 20, § 1º, da CRFB/1988.

Por fim, na terceira seção, realiza-se um estudo de caso da ADI 4.917, mediante avaliação de alguns argumentos constantes da inicial ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro e de aspectos da fundamentação da decisão liminar da Ministra Carmén Lúcia. A seção está pautada na avaliação da constitucionalidade das alterações legislativas à luz do pacto federativo, centralizando a discussão em torno da natureza jurídico-constitucional dos *royalties* determinada pelo § 1º, art. 20, da CRFB/1988, e da relação da distribuição das participações com o regime do ICMS sobre petróleo e gás natural instituído constitucionalmente. Faz-se, também, uma análise perspectiva da decisão da ADI 4.917 pelo plenário do STF, apresentando-se argumentos doutrinários em defesa e contrários às alterações legislativas impugnadas, para, ao final da seção, apresentar uma proposta pela constitucionalidade ou não das mudanças aprovadas pelo Congresso Nacional com base no estudo elaborado ao longo desta pesquisa.

O presente trabalho seguirá a vertente da pesquisa jurídico-dogmática, tendo em vista a busca pela compreensão de relação normativa interna ao ordenamento jurídico, qual seja, a constitucionalidade das regras de distribuição de *royalties* estabelecidas pela Lei nº 12.734/2012. A pesquisa também será exploratória-comparativa, ao buscar a identificação de aspectos relativos ao federalismo comparado com o modelo norte-americano e à natureza jurídico-constitucional dos *royalties* de petróleo e gás para fundamentar a discussão pela constitucionalidade ou não das novas regras.

A pesquisa se utilizará do raciocínio dedutivo, visto que tem, como objetivo, explicitar se os argumentos colocados na ADI 4.917 levam a concluir pela constitucionalidade ou não das regras estabelecidas pela lei mencionada. A metodologia será baseada no levantamento da bibliografia disponível em livros, teses, dissertações e artigos científicos, da legislação e da jurisprudência do STF, associado ao estudo de caso da ADI 4.917.

Ao final do trabalho, sem o intuito e a pretensão de esgotar a matéria, busca-se avaliar a constitucionalidade da repartição federativa de *royalties* e PE definidas pela Lei nº 12.734/2012, cujos dispositivos são objeto da ADI 4.917, com base na natureza jurídica dessas participações decorrentes da exploração de petróleo e gás natural e na relação entre a distribuição de participações governamentais e a sistemática do ICMS constitucionalmente adotada para operações envolvendo petróleo e gás natural, e na violação ou não do pacto federativo.

2 O SURGIMENTO DA FEDERAÇÃO E O PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO

A presente seção deste trabalho tem, como objeto, o estudo sobre as origens da federação moderna e a análise comparativa do federalismo brasileiro a partir do modelo norte-americano. A seção discorrerá, também, sobre o pacto federativo brasileiro e os seus dilemas e sobre a relação do federalismo cooperativo brasileiro com a realidade brasileira.

O modelo federativo criado nos Estados Unidos foi difundido mundialmente, tendo sido adotado por outros países a partir da sua criação. O federalismo, enxergado como um sistema transitório, destacou-se como a melhor forma de conciliar o desejo das pessoas em preservar as pequenas sociedades dentro da necessidade de formação de grandes grupos sociais para o uso de recursos ou para manter ou fortalecer os seus laços culturais dentro de governos mais extensos. Nesse contexto, o federalismo é importante para preservar diversidades internas juntamente com a necessidade de estabelecer vantagens econômicas e maior segurança. A forma federal do estado intenta resolver conflitos e para integração política (ELAZAR, 2014).

Um estado pode ser classificado, com base no critério da sua organização, tradicionalmente, como unitário ou composto, com destaque, para este último tipo, em confederações e federações. De acordo com Silva, J. (2014, p. 100), a forma de estado está relacionada com modo como o poder é exercido sobre pessoas, bens e território. Em estados unitários, o poder é exercido de forma centralizada pelo governo central. Já em estados federativos, o poder é descentralizado do ente central para os entes subnacionais, que poderão exercer suas competências em nome próprio (AGRA, 2018, p. 144).

2.1 A INDEPENDÊNCIA DAS TREZE COLÔNIAS: O NASCIMENTO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A criação da federação moderna está intimamente relacionada com o contexto histórico vivido na América do Norte a partir da independência dos Estados Unidos em 1776, em que era imprescindível um governo forte o suficiente para manter os ideais republicanos no vasto território americano. Naquele momento, os frequentes abusos que os habitantes das colônias inglesas sofriam da Inglaterra tornaram a relação insustentável, culminando na Declaração de Independência de autoria de Thomas Jefferson. De acordo com esse documento, as treze colônias declararam-se estados livres e independentes, tornando-se estados com leis e soberania próprias (DALLARI, 1986, p. 10). As treze colônias recém-independentes se uniram, em 1781, na forma de uma confederação, nos termos do tratado que ficou conhecido como Artigos da Federação (DALLARI, 1986, p. 11).

A organização em forma de confederação se caracteriza, historicamente, por ser uma união estável de estados voltada para interesses comuns, notadamente para defesa externa, sem a perda da soberania individual de cada estado. Paulo Bonavides traz, no trecho transcrito abaixo, aspectos relevantes desse tipo de união:

Sem perda das respectivas soberanias, podem vários Estados associar-se debaixo de forma estável de união, que lhes consente seguir política comum de defesa externa e segurança interna, mediante órgãos interestatais, cujos poderes variam quanto à espécie e ao número, conforme delegação cometida. Essa forma tomou historicamente a denominação de Confederação. (BONAVIDES, 2016, p. 179)

A confederação norte-americana se caracterizava por ser uma união das antigas colônias britânicas para fins prioritariamente militares, a fim de manter a soberania conquistada e frustrar tentativas de retomar o status colonial anterior. A organização vigente não parecia atender ao objetivo proposto plenamente, apresentando algumas falhas.

De acordo com Branco (2014, p. 801), a soberania enfraquecia a confederação, que carecia de recursos para a realização dos seus objetivos. Além disso, a legislação dos confederados era destinada somente aos estados soberanos, e não aos cidadãos, o que impactava na arrecadação tributária. Por fim, e não menos importante, as deliberações da confederação acabavam não tendo eficácia legislativa, e as diferenças de interpretação jurídica era de difícil resolução em virtude da inexistência de uma corte suprema. Desse modo, é razoável pensar que a realidade pós-independência na América do Norte estava imersa em um contexto de instabilidade política e jurídica.

Com o intuito de resolver os problemas existentes na confederação, foi elaborada, em 1787, na Convenção da Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos da América. Além de ser um marco para o constitucionalismo moderno, a Carta institucionalizou o federalismo⁵ (BARACHO, 1986, p. 10), inaugurando, assim, o estado federal plenamente estruturado (MEYER-PFLUG; COUTO, 2013, p. 492), cuja forma acabou sendo adotada mundialmente por outros estados soberanos.

O sucesso da Constituição dos Estados Unidos da América (CEUA), no que se refere a vencer a resistência dos seus opositores e ser ratificada pelos Estados-membros, deveu-se ao trabalho pró-Constituição de Alexander Hamilton, de James Madison e de John Jay, também chamados de “Federalistas”. Unidos sob o pseudônimo Publius, publicaram uma série de 85

⁵ O termo federalismo tem origem na palavra latina *foedus*, que significa contrato, aliança (ROCHA; BASTOS, 2013, p. 47).

artigos nomeados “*The Federalist Papers*”⁶ em defesa da ratificação da Constituição Americana em jornais do Estado de *New York*. Nesses artigos, são encontrados os fundamentos do modelo federativo moderno, de grande relevância ainda atualmente.

O primeiro artigo publicado alerta os moradores de *New York* sobre a importância da União para garantir a segurança e a prosperidade dos Estados e reduzir a necessidade força nas organizações políticas:

Após uma experiência inequívoca da ineficácia do governo federal, estais sendo chamados a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América. A importância do assunto é evidente: suas consequências envolvem nada menos que a existência da União, a segurança e a prosperidade das partes que a compõem, o destino de um país que é sob muitos aspectos o mais interessante do mundo. Já se observou frequentemente que parece estar reservado ao povo deste país, por sua conduta e exemplo, decidir esta importante questão: são as sociedades dos homens realmente capazes de instituir um bom governo a partir da reflexão e da escolha, ou estão fadadas a depender para sempre do acaso e da força em suas organizações políticas? (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 93)

Os Federalistas defendiam o federalismo como a forma de organização estatal mais eficaz para os rumos da nação, relacionando essa forma com a participação da sociedade na formação de um bom governo e no destino do país. Em poucas palavras, pode-se dizer que “O Estado Federal é, portanto, uma aliança ou união de Estados.” (DALLARI, 2011, p. 252), ou que a federação “É uma união nacional mais íntima, perpétua e indissolúvel, de províncias que passam a constituir uma só pessoa de direito público internacional.” (MALUF, 2019).

Como será mostrado no tópico a seguir, o federalismo clássico possui algumas características marcantes que se mostram presentes nas federações atuais.

2.2 OS TRAÇOS MARCANTES DO FEDERALISMO

A forma federativa de organização do estado possui determinadas características pensadas pelos seus criadores e que são percebidas nas federações existentes em maior ou menor grau, a depender das particularidades de cada país.

Elazar (1987) traz algumas reflexões sobre os princípios federativos. O federalismo une indivíduos e grupos na busca de finalidades comuns enquanto mantém as respectivas integridades. Como princípio político, o federalismo representa a difusão constitucional do

⁶ A versão intitulada “Os Artigos Federalistas”, traduzida por Maria Luiza de X. de A. Borges e publicada pela Nova Fronteira em 1993, foi utilizada para estudo e referenciamento do presente trabalho, por se tratar de uma versão fidedigna à publicação original.

poder entre o governo central e os Estados de modo a preservar a existência e a autoridade de todos os entes.

William Riker traz uma definição sucinta do federalismo:

*Federalism is a political organization in which the activities of government are divided between regional governments and a central government in such a way that each kind of government has some activities on which it makes final decisions.*⁷ (RIKER, 1975, p. 101)

Um pouco mais detalhada, a definição de federação trazida por Paulo Gustavo Gonet Branco abrange os principais atributos dessa forma estatal:

[...] o Estado Federal expressa um **modo de ser do Estado** (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma **organização descentralizada**, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma **repartição de competências** entre o governo central e os locais, consagrada na **Constituição Federal**, em que os **Estados federados participam das deliberações da União**, sem dispor do **direito de secessão**. No Estado Federal, de regra, há uma **Suprema Corte com jurisdição nacional** e é previsto um mecanismo de **intervenção federal**, como procedimento assecutorio da unidade física e da identidade jurídica da Federação. (BRANCO, 2014, p. 806, grifo nosso)

2.2.1 A Supremacia da Constituição Federal

O fundamento jurídico da forma federativa é a Constituição, a despeito da confederação, cuja declaração de união dos Estados se manifesta mediante tratado. A transformação da confederação nos Estados Unidos da América, estado federal, passa pela criação da Constituição Americana em 1787 e pela sua ratificação em 1789. A relevância da Constituição no estado federal é tamanha que motivou os Federalistas a publicarem, como já mencionado, os Artigos Federalistas, por envolver a existência da União em si (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 93). A importância está evidenciada trecho transcrito a seguir do Capítulo I – Introdução dos Artigos Federalistas:

Pois nada pode ser mais evidente para os capazes de uma visão ampla do assunto: ou bem se adota a nova Constituição, ou haverá um desmembramento da União. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 96)

Segundo Moraes (2013, p. 110), a Constituição de uma federação decorre de um vínculo indissolúvel dos entes federados, os quais são dotados de governo, de administração e de organização próprios, além representação política no governo central mediante um sistema bicameral e da repartição de competências. Para Branco (2014, p. 803), a Constituição deve

⁷ O federalismo é uma organização política em que atividades de governo são divididas entre os governos regionais e um governo central de modo que cada esfera de governo tem algumas atividades sobre as quais tome as decisões finais (tradução nossa).

proteger o federalismo como cláusula pétrea, de modo a impedir a conversão do estado federal em unitário.

O valor normativo e a legitimação da Constituição no estado federal derivam da manifestação dos poderes dos Estados e do povo. A proposta da CEUA mesclava interesses federais, entendidos como aqueles originários de cada Estado, com interesses nacionais, resultado da vontade do povo dos Estados Unidos (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 283).

Por fim, a supremacia constitucional se revela na sua determinação como orientação de interpretação legal, como considerado pelos Federalistas: “Admito que a Constituição deve ser o padrão para a interpretação das leis, e que quando houve oposição evidente, as leis devem ceder lugar à Constituição.” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 494).

2.2.2 Soberania da Federação e Autonomia dos Estados-membros

A soberania da federação e a autonomia dos Estados são duas características marcantes do estado federal que possuem uma interrelação, mas que não se confundem.

A soberania consiste no poder supremo do estado federal com capacidade de autodeterminação perante outras soberanias, sem condicionamento a outro poder. De acordo com Silva, J. (2014, p. 102), é esse estado federal o único detentor da soberania reconhecido no Direito Internacional. No caso norte-americano, a soberania é exercida pela própria União.

A autonomia – político-constitucional –, por outro lado, tem evidência nos Estados-membros, manifestando-se no governo dentro dos limites de competência determinados pela Constituição Federal (SILVA, J., 2014, p. 101-102); a autonomia é limitada pelo poder soberano (BRANCO, 2014, p. 802). Para QUINTILIANO (2013, p. 107), a autonomia federativa é um poder constituído, condicionado e limitado pela soberania, o poder constituinte, para a criação de uma ordem jurídica em que são delimitadas competências mínimas para a autodeterminação da sociedade submetida a essa autonomia, no exercício de atuação como estado. Esse conceito de autonomia pressupõe o exercício mediante órgãos próprios e com base em um poder próprio derivado pela constituição soberana.

Analisando-se o processo histórico de formação do federalismo nos EUA, verifica-se que a autonomia dos Estados é uma espécie de limitação do poder garantido pela Constituição ao governo central. A soberania, por sua vez, era de titularidade do povo local, cabendo-lhe a delegação de poderes ao governo (ELAZAR, 2014).

Os atributos aqui tratados nortearam o trabalho desenvolvido pelos Federalistas, que entendiam que a soberania deveria estar concentrada sob o poder do governo central, conforme se verificar a partir do trecho a seguir:

Vale a pena considerar, portanto, se o interesse da América será mais bem atendido se ele formar, para todos os propósitos gerais, uma única nação, sob um único governo federal, do que se ele se dividir em confederações e der ao chefe de cada uma delas o mesmo tipo de poderes que lhe aconselham atribuir a um governo nacional.

[...]

Agora, porém, aparecem políticos que insistem em que essa opinião é errônea e que, em vez de buscar segurança e felicidade na União, deveríamos buscá-la numa separação dos Estados em distintas confederações ou soberanias. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 97)

Por fim, uma observação deve ser feita em relação à capital federal dos EUA, o Distrito de Columbia (tradução nossa). A existência do Distrito encontra previsão na Constituição dos Estados Unidos e não pertence a qualquer dos Estados-membro, além do fato de o Congresso Americano exercer jurisdição exclusiva irrestrita sobre ele. A competência legislativa sobre tudo que diz respeito do Distrito é exclusiva do Congresso (BARACHO, 1986, p. 17-18). Desse modo, a capital americana não possui autonomia constitucionalmente prevista (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787).

2.2.3 Repartição das Competências Constitucionais

Um dos pontos nevrálgicos do sistema federal é a repartição de competências entre o poder central e periféricos. No caso dos EUA, a divisão das competências constitucionalmente previstas é feita entre a União e os Estados-membros. Esse mecanismo é importante no sentido de evitar conflitos entre a atuação do governo central e do Estado sobre o mesmo território, atribuindo-se matérias próprias a determinado ente (BRANCO, 2014, p. 803). A União exerce poder central sobre todo o território federal, e os Estados-membros, limitado ao seu próprio território (ZAGO, 2016, p. 30).

A repartição de competências não pressupõe superioridade hierárquica da União sobre os demais entes, pois a competência é atribuída a cada esfera de poder. Em uma federação, é indispensável, também, que a cada ente seja atribuída uma renda própria, possibilitando o exercício material das atribuições constitucionalmente previstas. A falta de autonomia financeira impacta na perda de autonomia política efetiva, tornando-a somente formal (DALLARI, 2011, p. 255).

Adotando o sistema de repartição vertical de competências (QUINTILIANO, 2013, p. 86), a Constituição Americana fundou-se em duas preocupações básicas: o *quantum* de poder concedido à União e as restrições aos Estados e com a distribuição desse poder entre os braços do estado (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 291). Os poderes da União foram divididos em classes, conforme descrito a seguir:

Para que possamos formar um juízo correto sobre esse assunto será adequado rever os vários poderes conferidos ao governo da União; e, para fazê-lo de modo mais conveniente, podemos reduzi-los a diferentes classes, segundo sua relação com as seguintes diferentes finalidades: 1. Segurança contra a ameaça externa; 2. Regulamentação das relações com nações estrangeiras; 3. Manutenção da harmonia e do relacionamento apropriado entre os Estados; 4. Certos objetivos diretivos de utilidade geral; 5. Controle sobre os Estados, para impedir que cometam certos atos danosos; 6. Medidas para dar a devida eficácia a todos estes poderes. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 291-292)

Os criadores da Constituição dos Estados Unidos se preocuparam em atribuir as matérias de competência da União, notadamente aquelas inerentes à soberania da federação, às relações internacionais e à manutenção e à harmonia do pacto federativo. Aos Estados, restaram competências residuais⁸, ou seja, aquelas não abarcadas pelo rol declarado na Constituição (DALLARI, 1986, p. 19-20).

No modelo federativo dos Estados Unidos, a divisão das competências entre a União e os Estados é limitada e mutuamente exclusiva, constituindo dois polos de poder em condição de igualdade. Nesse quesito, originalmente, o federalismo americano é classificado como dual⁹ (SCAFF; ROCHA, 2013, p. 71).

O modelo de repartição de competências norte-americano sofreu uma transformação desde a sua criação. O desenvolvimento da industrialização e seu efeito na nacionalização da economia, juntamente com a promulgação da 16ª Emenda, autorizando a criação de impostos federais em detrimento dos Estados foram importantes marcos iniciais dessa alteração. Essa mudança se acentuou a partir dos anos de 1930, quando o então presidente Franklin Delano Roosevelt lançou o *New Deal*, programa político intervencionista que ampliou a atuação do governo federal na economia, reduzindo a competição interestadual da época. A partir dessa época, a Suprema Corte agiu no sentido de impulsionar esse movimento de nacionalização, com

⁸ O termo “residual” significa, necessariamente, com o número reduzido de competências, tendo relação com aquelas que não foram expressamente enumeradas. No caso dos Estados Unidos, em virtude do processo de transmissão de parte das competências para a União, os Estados possuem competências para um número elevado de atribuições, mantendo grande parte das competências previstas na Confederação.

⁹ A federação dual surge no contexto do liberalismo estatal. A mudança de paradigmas e a valorização de demandas sociais, tornou necessária a superação desse modelo para a federação cooperativa (SCAFF; ROCHA, 2013, p. 71). Esse tema será tratado na seção [2.4.2](#) do presente trabalho.

a nova interpretação da 10ª Emenda, segundo a qual inexistem limites ao poder regulamentador federal, o que concorreu para o comando nacional sobre o comércio no país. Esse contexto deu início à era do federalismo cooperativo (BERNARDES, 2008, p. 166; DALLARI, 2011, p. 274; LECKRONE, p. 441-443). Esse assunto será tratado com maiores detalhes na seção [2.4.2](#).

2.2.4 Proibição da Secessão dos Estados

O direito à secessão consiste no direito que um Estado-membro tem de se separar da federação, adquirindo soberania. A vedação à secessão é resultado lógico da intenção de um Estado fazer parte do estado federal (DALLARI, 1986, p. 17). De acordo com Silva, J. (2014, p. 103), o princípio da indissociabilidade é fundamental no estado federal, o que decorre, também, da vedação à secessão.

No estado federal, a proibição da secessão significa que um Estado federado¹⁰ não pode se retirar da União por meios legais (DALLARI, 2011, p. 254). A proibição do direito de secessão, ou seja, do desligamento da federação é corolário da falta de soberania dos Estados-membros (BRANCO, 2014, p. 805).

A vedação à secessão nos Estados Unidos é consequência da necessidade da União em manter a integridade e a força dos próprios Estados-membros e corolário da rejeição pela Confederação, em que os Estados eram soberanos e podiam se separar nos termos dos Artigos da Federação. A permissão de secessão, dessa forma, enfraqueceria a União, de modo que a Constituição de 1787 prevê a intervenção federal a fim de impedir qualquer tendência separatista de qualquer Estado-membro. Essa lógica está presente em toda a obra, como no trecho transcrito a seguir:

Nessa medida, portanto, uma vez que violações, deliberadas ou acidentais, de tratados e das leis das nações fornecem causas *justas* para a guerra, há menos razões para temê-las sob um governo geral uno que sob vários governos menores e, sob este aspecto, o primeiro é de todo propício à *segurança* do povo. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 103)

A vedação à secessão na federação americana foi a causa da Guerra de Secessão, ocorrida entre 1861 e 1865 no Estados Unidos. A guerra foi motivada pelo descontentamento de onze Estados que formaram a Confederação dos Estados Americanos, mas foram vencidos pela União, consolidando a federação norte-americana (DALLARI, 2011, p. 17).

¹⁰ Quintiliano (2013, p. 157) faz uma distinção entre os adjetivos “federado” e “federativo”. O ente federado é constituinte do estado federal, essencial à sua existência, e ao qual deve-se atribuir competências constituinte, governamental e política. Por outro lado, o ente federativo é constituído e corresponde à organização político-administrativa necessária para ao exercício das competências territoriais do ente federado. Essa diferenciação tem relevância na análise dos aspectos do federalismo brasileiro, a serem tratados no decorrer do presente trabalho.

2.2.5 A vontade dos Estados na Federação

A manifestação política dos Estados na federação também consiste em um dos atributos do federalismo, sendo tema bastante discutido pelos Federalistas, o qual foi objeto de cinco artigos. A participação política dos Estados-membros na União, ente soberano, ocorre por meio do Senado¹¹, devendo ser destacada a importância da igualdade da representação no Senado.

Sobre a igualdade de representação, discorrem os Federalistas:

III. A igualdade de representação do Senado é outro ponto que, sendo evidentemente o fruto de uma conciliação das pretensões opostas dos Estados grande e pequenos, não demanda muita discussão. Se é mesmo verdade que, entre um povo plenamente incorporado numa única nação, todo distrito deveria ter uma participação *proporcional* no governo, e que entre Estados independentes e soberanos, unidos por uma simples liga, as partes, por desiguais que sejam em tamanho, devem ter *igual* participação nos conselhos comuns, não parece insensato que, numa república composta, que partilha tanto do caráter nacional como do federal, o governo deve ser fundado numa mescla dos princípios da representação proporcional e igual. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 399-400)

A Constituição dos Estados Unidos privilegiou a participação dos Estados na vontade política da federação, garantindo-lhes isonomia nos rumos decisórios da União, em atenção ao aspecto federalista do modelo. Por outro lado, os Federalistas tiveram especial atenção em também considerar a vontade política do povo, sob a óptica nacionalista, cuja participação deve ser proporcional à população de cada localidade nos Estados¹². O igual número de senadores para os Estados funciona como contrapeso daqueles mais populosos (BRANCO, 2014, p. 805).

2.2.6 A Suprema Corte como pacificador de conflitos federativos

A Suprema Corte foi pensada como órgão judiciário responsável, dentre outras atribuições, por resolver conflitos entre Estados-membros, a fim de manter o pacto federativo (BRANCO, 2014, p. 805). Essa preocupação foi objeto de debate dos Federalistas, conforme trechos transcritos a seguir:

Parece ser praticamente incontestável que a autoridade judiciária da União deve abranger estes vários tipos de caso: 1º – todos os que decorrem das leis dos Estados Unidos, examinadas no tocante a seus poderes justos e constitucionais de legislação; [...] 4º – todos os que envolvam a *paz* da *Confederação*, quer digam respeito às relações entre os Estados Unidos e nações estrangeiras ou entre os próprios Estados; [...]. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 487-488)

¹¹ *United States Senate*, em inglês.

¹² A Câmara dos Representantes (*United States House of Representatives*, em inglês) é o órgão legislativo que representa o povo no Congresso dos Estados Unidos (*United States Congress*, em inglês) e equivale à Câmara dos Deputados do Brasil.

A capacidade de decidir causas ocorridas entre dois Estados-membros, inclusive disputas territoriais, é essencial para a manutenção da paz da União e, conseqüentemente, à manutenção do estado federal.

A Suprema Corte é independente, devendo interpretar as leis obedecendo o espírito da Constituição dos Estados Unidos, sendo garantido que suas decisões não serão submetidas a controle do poder legislativo (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 487-488).

2.3 ANÁLISE COMPARATIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO A PARTIR DO MODELO NORTE-AMERICANO

O constitucionalismo brasileiro é marcado por uma história de sete constituições¹³, a depender do contexto político-social do período, diferentemente dos Estados Unidos, em que a Constituição de 1787 é válida até hoje. Sendo assim, para o objetivo do presente trabalho, serão analisadas a Constituição de 1891 e a Constituição de 1988. O estudo da mais antiga é importante por ter sido a primeira constituição que institucionalizou a forma federativa no Brasil, sendo relevante avaliar o contexto histórico da época para a melhor compreensão das causas que levaram à sua adoção. Por outro lado, dispensando-se maiores detalhes, além da relevância do contexto em que foi promulgada, a importância do estudo da CRFB/1988 reside no fato de ser a Carta vigente no país, fundamental para a análise constitucional do objeto deste trabalho.

Durante fase imperial, anterior ao período republicano federativo, o Brasil era um estado unitário, no qual as províncias estavam subordinadas ao governo central, e que sufocava, assim como ocorria na época colonial, a autonomia das regiões mais afastadas e daqueles que detinham o poder efetivo (SILVA, J., 2014, p. 79). A divisão político-administrativa adotada por Portugal, baseada em capitanias, feitorias e governadorias gerais geraram o espírito federalista no Brasil. O federalismo brasileiro foi resultado da ação conjunta de fatores históricos, geográficos e étnicos: a existência de um território extenso, com grande diversidade de climas, biomas e relevos, e a diferenciação étnica levaram à adoção de um federalismo orgânico no país (MALUF, 2019).

¹³ São consideradas constituições brasileiras: a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967 com a Emenda nº 1/1969, e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 444).

Nessa fase, destacava-se a existência do Poder Moderador, conforme disciplinado no art. 98 e seguintes da Constituição de 1824¹⁴, e por meio do qual o poder era centralizado artificialmente na figura do imperador nas palavras de Maluf (2019).

A ideia do federalismo no Brasil, em que pese tenha sido institucionalizado na Constituição de 1891, já norteava os pensamentos dos liberais opositores ao regime imperial centralizador. A Revolução Pernambucana de 1817 foi um acontecimento histórico marcado pelo viés federalista. A Lei Orgânica da Nova República, de autoria do Governo Provisório de Pernambuco, decretava a substituição do estado unitário imperial por uma república federal presidencialista (REVERBEL, 2015, p. 46).

O Manifesto Republicano de 1870, por sua vez, consiste em um documento de valor histórico, no qual fica explícito o interesse em uma reforma liberal do estado brasileiro, mediante a adoção do regime republicano e da forma federativa estatal. Nesse processo reformatório, destacava-se a defesa da descentralização federativa, bem como o fim da vitaliciedade dos senadores (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 207).

O Brasil, assim como os Estados Unidos, adotou, a partir do período republicano, a forma federativa do estado. Em que pese a forma seja igual, existem diferenças entre o federalismo nos dois países, a começar pela forma de adoção do regime. Diferentemente do que aconteceu nos Estados Unidos, em que o federalismo surgiu mediante a criação e da ratificação da Constituição dos Estados Unidos pelos Estados, por desagregação¹⁵, no Brasil, a república

¹⁴ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. (Vide Lei de 12.10.1832)

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado. (BRASIL, 1824)

¹⁵ O federalismo por desagregação se refere à formação de um estado a partir da união de Estados soberanos ou independentes. Em contrapartida, o federalismo por agregação deriva da descentralização de um estado unitário, como ocorreu no Brasil em 1891 (TAVARES, 2013, p. 237).

federativa surgiu a partir de um ato do então Chefe do Governo Provisório, o Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, o Decreto nº 1/1899, nos termos do art. 1º¹⁶.

O federalismo no Brasil foi sendo institucionalizado na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (CREUB/1891), conforme se depreende do seu art. 1º¹⁷.

A primeira constituição republicana se inspirou profundamente na americana, servindo de base para a adoção do federalismo no Brasil. O federalismo era o elemento central e a partir do qual a Constituição de 1891 se estruturava (SCAFF; ROCHA, 2013, p. 68). O trecho do livro de Paulo Bonavides transcrito a seguir dá o exato teor dessa inspiração:

Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembleia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e depois do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano. (BONAVIDES, 2005, p. 364)

Elazar (2014) afirma que o federalismo brasileiro tem forte influência de aspectos geográficos, que contribuíram para a manutenção da união no seu interior, apesar da existência de forte pressão para a separação. O federalismo era considerado uma consequência natural da própria topografia do território brasileiro, a qual seria a única forma capaz de modelar as administrações e os governos locais respeitando-se a diversidade climáticas e topográficas do enorme território brasileiro. Nesse contexto, a centralização do poder ia de encontro às peculiaridades locais (TEIXEIRA, 1890, p. 54). O Manifesto de 1870, no trecho transcrito a seguir, foi enfático com relação aos anseios acerca do federalismo, no que se assemelha aos desejos dos Federalistas:

– A revolução de 7 de abril 1831, trazendo à superfície as idéas e as aspirações suffocadas pela reacção monarchica, deu novamente aso ao principio federativo para manifestar-se e expandir-se. – A autonomia das provincias, a sua desvinculação da côrte, a livre escolha dos seus administradores, as suas garantias legislativas por: meio das assembléas provinciaes, o alargamento da esphera das municipalidades, essa representação resumida da familia politica, a livre gerencia de seus negocios, em todas as relações moraes e economicas, taes foram as condições características desse periodo de reorganização social, claramente formuladas ou esboçadas nos projectos e nas leis que formaram o assumpto das deliberações do governo e das assembléas desse tempo. (TEIXEIRA, 1890, p. 55)

¹⁶ Art. 1º - Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa. (BRASIL, 1889)

¹⁷ Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. (BRASIL, 1891)

A Constituição de 1891, fazendo um paralelo com a Constituição dos Estados Unidos, determinou: **i)** o federalismo como forma de estado e a proibição da secessão (art. 1º); **ii)** autonomia estadual e competência residual aos Estados (art. 65, 2º)¹⁸; **iii)** participação política dos Estados na União mediante o Senado¹⁹; e **iv)** existência do Supremo Tribunal Federal como órgão judicante de conflitos federativos²⁰.

Os atributos federais presentes na CREUB/1891, fortemente inspirados no modelo dos EUA, logo se mostraram insuficientes para atender aos anseios dos liberais brasileiros de fortalecimento da União. O texto era desvinculado da realidade da república recém-decretada e não produziu eficácia do ponto de vista social, enfraquecendo-se a primeira Constituição republicana nos seus primeiros anos.

Em um movimento antirrepublicano, o vice-presidente, Marechal Floriano Peixoto, assumiu o poder após a renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca, o qual dissolveu o Congresso e destituiu governadores nos Estados, instalando-se uma atmosfera de guerra e um terreno instável para o fortalecimento do federalismo. O sucessor, presidente Prudente de Moraes, alçou as oligarquias regionais ao poder central, de modo que a sua base de sustentação passou a ser as aristocracias estaduais. Por sua vez, ganhou força o sistema do coronelismo, que passou a configurar o poder político e militar de fato, determinando as próprias leis e escolhendo governadores e parlamentares, contrariamente aos preceitos constitucionais federativos (SILVA, J., 2014, p. 81-82).

O federalismo brasileiro se tornou “a lei do mais forte”. O poder militar desrespeitou o texto constitucional, influenciados pelo caráter centralizador e hierárquico da corporação, tornando-se um problema para o federalismo. Na esfera civil, sob a égide da CREUB/1891, o estado federal encontrava-se, na prática, esfacelado, com substituição dos Estados-membros pelos governantes no exercício do poder, e com o domínio da política central pelas oligarquias de São Paulo e de Minas Gerais, conhecida como a política do café com leite, e a reprodução dessa prática oligárquica nos Estados (BONAVIDES, 1991, p. 254). A instabilidade do federalismo no Brasil deixou traços no contexto político e social contemporâneo.

¹⁸ Art 65 - É facultado aos Estados: 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição. (BRASIL, 1891).

¹⁹ Art 30 - O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleitos pelo mesmo modo por que o forem os Deputados. (BRASIL, 1891).

²⁰ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros; d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; (BRASIL, 1891).

Passados 97 anos após a promulgação da primeira constituição federal, foi promulgada, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil. A CRFB/1988 é reflexo do contexto político-social anterior à sua promulgação, marcado pelo autoritarismo, fruto do golpe militar de 1964 e intensificado pelo Ato Institucional nº 5 (AI 5). Esse período da História Brasileira foi marcado por prisões políticas infundadas, torturas carcerárias e assassinatos de opositores do regime em todo o Brasil (BONAVES; ANDRADE, 1991, p. 444).

A Carta Constitucional vigente foi elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte eleita pelo povo em 1986, que se dividiu em 24 comissões em oito áreas temáticas, dentre elas a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a Comissão da Organização do Estado, a Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições e a Comissão da Ordem Econômica (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 458).

A Constituição de 1988, na esteira da “terceira onda de democratização”, conseguiu, ao mesmo tempo, refundar novos pactos político-sociais no Brasil, garantindo a participação social nas decisões de poder, e criar um sistema de descentralização político-financeira dos entes subnacionais, alterando o papel dos participantes da federação brasileira e moldando um novo federalismo no país (SOUZA, 2001). O modelo atual é alvo de elogios e de críticas, que serão objeto de discussão detidas na seção [2.4](#) da presente monografia.

A CRFB/1988 manteve o estado federal brasileiro, com destaque para as características descritas a seguir, comparativamente com o modelo norte-americano.

2.3.1 A Supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição de 1988 é o documento supremo do ordenamento jurídico do país, instrumento regulador e expressão da sua força e importância políticas, conforme é possível depreender do seu Preâmbulo²¹. De acordo com Barroso (2018), a soberania popular se transformou na supremacia da Constituição.

A Carta Constitucional de 1988 não somente papel representa valores sociais caros à sociedade e ao estado social brasileiros, ao exercer o papel de “pacto de garantia social, num seguro em que o Estado administra a Sociedade.” (BONAVIDES, 1991, p. 380). Nesse sentido, a Constituição vigente se diferencia da norte-americana ao conter não somente a parte orgânica,

²¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988)

na qual estão dispostas as regras de organização do estado – forma federativa, a repartição de competências, organização do judiciário e participação política –, mas também uma parte dogmática, em que estão dispostos direitos fundamentais, socioeconômicos e culturais (BRANCO, 2014, p. 65).

A estruturação do federalismo é sustentada, nas palavras de Zago (2016, p. 32), por dois pilares: **i)** a rigidez da constituição, que, no caso brasileiro consiste na aprovação de emenda, em dois turnos, por três quintos dos membros de cada casa legislativa – Câmara dos Deputados e Senado Federal²²; e **ii)** a proteção por cláusula pétrea, evitando a alteração do federalismo mediante lei ou emenda à constituição. Nesse sentido, a vedação é expressa no inc. I, § 4º, art. 60, da CRFB/1998²³.

Zago (2016, p. 33-34) destaca, também, que as normas da constituição que se relacionam com a forma federativa não podem ser desconsideradas em uma análise jurídica, reforçando a sua supremacia. Nesse sentido, decidiu o ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024 (ADI 2.024):

1. A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (BRASIL, 2007, p. XX)

Desse modo, a Constituição de 1988 possui valor normativo e papel fundamental para a manutenção do federalismo no Brasil sob o ponto de vista formal (vedação à abolição por lei ou emenda constitucional) e sob o ponto de vista material (discriminação elementos essenciais do estado federal).

2.3.2 Soberania da República Federativa e Autonomia dos Entes Federados

Soberania e autonomia são atributos presentes no federalismo brasileiro, mas que possuem peculiaridades que os distanciam um pouco do modelo norte-americano originário.

²² § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (BRASIL, 1988)

²³ Art. 60. *Omissis*

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado; (BRASIL, 1988)

A soberania é um fundamento da República Federativa do Brasil expressamente disposto no inc. I, art. 1º, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). Enquanto a soberania dos Estados Unidos é atributo da União, no Brasil, por outro lado, a soberania é atributo do estado federal brasileiro, enquanto pessoa jurídica de Direito Internacional, e não da União. Nesse quesito, a decisão do ex-ministro do STF, Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 543.943/PR, traz um esclarecimento dessa diferenciação:

[...] o Estado Federal brasileiro – expressão institucional da comunidade jurídica total, que detém “o monopólio da personalidade internacional” [...] – não se confunde com a União, pessoa jurídica de direito público interno, que se qualifica, nessa condição, como simples ordem ou comunidade meramente central.....[...] (BRASIL, 2010a, p. 475-476)

Meyer-Pflug e Couto (2013, p. 497) sustentam, em acordo com a jurisprudência do STF, que a soberania do estado federal, e que as atribuições relativas à soberania são exercidas pela União, unidade federativa que exerce o poder central no país.

A Constituição de 1988, diferentemente da Constituição dos EUA, ao dispor sobre a organização político-administrativa, atribui autonomia não somente aos Estados-membros, mas também à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios²⁴, entes federativos que constituem pessoas jurídicas de Direito Público interno (MEYER-PFLUG; COUTO, 2013, p. 499).

A elevação do Município à categoria de ente federado ocorreu de forma pioneira no Brasil e alterou a natureza dual do federalismo brasileiro, reafirmando o anseio histórico pela descentralização do poder e pela autonomia administrativa local (BONAVIDES, 2005, p. 345-347). O Município é enxergado como “entidade de terceiro grau” da federação brasileira (RAMOS, 2013, p. 87). A autonomia municipal, todavia, é alvo de controvérsia doutrinária.

Para Branco (2014, p. 822), o Município não possui as características necessárias de um ente federado, pois: **i)** não possui participação órgão de representação na vontade federal; **ii)** não mantém poder judiciário; e **iii)** não existe possibilidade de intervenção da União sobre o Município, mas do Estado sobre este. Silva, J. (2014, p. 103) também discorda do Município como ente federado, classificando-o, somente, como unidade federativa. Nesse sentir, Meyer-Pflug e Couto (2013, p. 499) trazem argumentos favoráveis e mais sólidos na defesa da autonomia municipal, pois são entes que possuem capacidade de: **i)** auto-organização, ao elaborar a própria lei orgânica; **ii)** autogoverno, ao serem elegíveis o prefeito e os vereadores

²⁴ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

municipais; **iii)** normativa, ao elaborarem leis próprias nos limites das competências constitucionalmente atribuídas; e **iv)** autoadministração, ao prestar e manter serviços de interesse local.

No período anterior à promulgação da Carta Constitucional de 1988, o poder de criação e de organização dos municípios cabia aos Estados. A alteração do status do Município para ente federado se revela, na prática, pelo poder de auto-organização, conforme mencionado (SARLET, 2017).

O Distrito Federal, que abriga Brasília, a Capital Federal e sede da União, é também um ente federado brasileiro, conforme disposto no art. 18, CFRB/1988. O DF possui um caráter híbrido que não o permite ser classificado como Estado ou como Município, não somente por disposição expressa da Constituição, mas também porque possui traços da autonomia de ambos os entes subnacionais, sendo-lhe exclusividade. Assemelha-se a um Estado, por exemplo, por possuir representantes no Senado Federal e por dispor de competências tributárias estaduais. Por outro lado, é similar ao Município por ser competente em matérias exclusivas desse ente e por se auto-organizar mediante lei orgânica própria.

2.3.3 Repartição das Competências Constitucionais no Brasil

A distribuição das competências no Brasil se dá entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assumindo uma feição mais complexa que a adotada originalmente pelos EUA. As competências dos entes federativos estão dispostas no art. 21, no art. 22 e no seu parágrafo único, no art. 23, e no § 1º, do art. 25, da CRFB/1988.

Branco (2014, p. 825) teoriza que as competências foram distribuídas de forma horizontal e de forma vertical, diferenciando-se as competências legislativas das administrativas ou materiais. O autor divide as competências constitucionais em seis planos: **i)** competência material geral da União; **ii)** competência legislativa privativa da União; **iii)** competência referente aos poderes residuais dos Estados; **iv)** competências administrativas concorrentes dos entes federativos; **v)** competência legislativa concorrente; e **vi)** competência municipal.

Silva, J. (2014, p. 483-485) afirma que as competências da União e dos Municípios foram enunciadas na CRFB/1988, remanescendo as demais aos Estados, e que a Constituição estabeleceu, para a União, competência para estabelecer normas gerais e, aos demais entes, competência suplementar. O autor classifica as competências com base em alguns aspectos, destacando-se: **i)** com base na natureza, na vinculação ao tipo de ente e no vínculo com a função governamental, as competências podem ser: materiais, subdividindo-se em exclusivas ou

comuns, e legislativas, subdividindo-se em exclusivas, privativas, concorrentes ou suplementares; e **ii)** com base no conteúdo, podem ser: econômicas, sociais, político-administrativa, financeira e tributária.

Mendes (2004, p. 424) destaca que as competências atribuídas à União se relacionam com a importância desse ente com o exercício da soberania e para a integração nacional, enquanto aquelas atribuídas aos Municípios estão associadas à prestação de serviços públicos com abrangência local.

De acordo com Quintiliano (2013, p. 173-175), a Constituição de 1988 buscou a descentralização de poder da União para os demais entes, o que resultou na coexistência de dois sistemas de distribuição das competências no país. Fundada no sistema clássico, as competências da União são taxativas, restando a competência residual aos Estados. Por outro lado, a CRFB/1988 determinou competências concorrentes à União, que elabora normas gerais, e, aos Estados, a competência suplementar. O autor destaca, ainda, que o sistema brasileiro permite a delegação de poderes da União aos Estados, além de atribuir competências destacadas ao ente municipal.

Para Quintiliano (2013, p. 227), as competências dos Estados (e, logicamente, dos demais entes federativos) são classificadas em: legislativas, administrativas, jurisdicionais, financeiras e de formulação de políticas públicas.

Esse complexo modelo de distribuição constitucional das competências federativas é alvo de críticas de estudiosos no país, tema que será objeto da seção [2.4](#) do presente trabalho.

2.3.4 Proibição de Secessão dos Entes Federados Brasileiros

A proibição do separatismo é fundamento da República Federativa do Brasil, resultado do princípio da indissociabilidade, conforme entendimento já mencionado de José Afonso da Silva e explícito no art. 1º, da Constituição de 1988²⁵.

A impossibilidade da independência de um ente federado, na esteira da proteção ao modelo federativo, mediante a cláusula pétrea disposta na CRFB/1988, está diretamente relacionada com o instituto da intervenção para a manutenção da integridade federativa (SARLET, 2017).

²⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, **formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal**, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Para Dias (2018), o constituinte, ao vedar o direito de secessão, teve o objetivo de impedir que determinado ente excedesse os limites de sua autonomia, de um lado, e manter a autonomia e a não submissão ao poder central.

2.3.5 A vontade Estadual e Distrital na Federação

A Constituição brasileira prevê a participação política dos Estados na vontade nacional, inspirada no modelo norte-americano. Diferencia-se deste, todavia, ao equiparar o DF, nesse critério, como ente estadual. A representação dos Estados e do DF ocorre por meio do Senado Federal, conforme previsão constitucional no texto de 1988²⁶, em número de três senadores por Estado (BRASIL, 1988).

O Senado Federal é alvo de críticas de alguns doutrinadores, por entenderem que a Casa não representa, na prática, a vontade dos Estados, funcionando como uma segunda Casa de representação popular. Zago (2016, p. 119-122) constata que os senadores eleitos pela via direta, ou seja, pelos eleitores, tendem a votar em obediência à orientação nacional dos partidos políticos, muitas vezes em detrimento aos interesses estaduais. Mesmo em matérias de relevância para determinado(s) Estado(s), é comum que senadores do mesmo Estado votem diversamente, o que corrobora com as críticas contrárias à afirmação de que o Senado Federal representa os Estados na formação da vontade central. Silva J. (2014, p. 515) afirma que, assim como nos EUA, o Senado Federal exerce a função de representação político-partidária.

2.3.6 A relevância federativa do Supremo Tribunal Federal e a intervenção estatal

O Supremo Tribunal Federal, inspirado na Suprema Corte dos EUA, é o órgão máximo do poder judiciário no Brasil. O STF é o órgão competente constitucionalmente para a pacificação da ordem federativa, assim disposto nas al. 'a' e 'f', do inc. I, do art. 102 da CRFB/1988²⁷.

Formalmente, o STF tem a função de manter o pacto federativo quando os entes envolvidos são a União, os Estados e o DF, ficando os Municípios excluídos desse rol. Acerca do tema, existe precedente da Corte no sentido de que o constituinte “não incluiu os litígios e

²⁶ Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. (BRASIL, 1988)

²⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a **guarda da Constituição**, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#)) [...]

f) as **causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros**, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; (BRASIL, 1988, grifo nosso)

as causas envolvendo municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte.” (BRASIL, 2010b). Essa decisão não permite afirmar que o Município não é ente federado, conforme discutido acerca da natureza desse ente no sentido contrário na seção [2.3.2](#).

A supremacia da Constituição e o equilíbrio federativo são garantidos, constitucional e excepcionalmente, pela intervenção. Esse instituto de Direito Público interno, segundo Baracho Júnior (2013, p. 99), consiste em ato político no qual um ente federativo de competência territorial mais abrangente intervém sobre a autonomia do menos abrangente territorialmente (SILVA, J., 2014, p. 488-489).

A CRFB/1988 autoriza a intervenção da União sobre o Distrito Federal e os Estados e destes sobre os municípios do seu território, de acordo com os arts. 34 e 35, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). Baracho Júnior (2013, p. 99) destaca que o rol exaustivo de causas que autorizam a intervenção nos Estados, no DF e nos Municípios se deve ao seu caráter de “exceção à regra federativa”.

Nesse sentido, o STF, como guardião da Constituição e de tribunal da federação, deve exercitar a sua competência de controlar quaisquer excessos interventivos da União sobre os Estados e o DF. Por simetria, essa função cabe ao tribunal de justiça estadual no caso de intervenção estadual sobre município (BARACHO JÚNIOR, 2013, p. 98).

2.4 ANÁLISE CRÍTICA DO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO PÓS-1988

A Constituição brasileira de 1988 é resultado do processo da “terceira onda democratização” do país, após vinte e um anos do governo militar. A Carta Magna resultou em novos compromissos políticos e sociais e, nos âmbitos político e financeiro, em na descentralização em direção aos entes subnacionais, alterando substancialmente o papel desses entes na federação, alterando, assim, o pacto federativo brasileiro (SOUZA, 2001, p. 513). O que seria, então, o pacto federativo?

Maluf (2019) relaciona o pacto federativo como a expressão da vontade nacional, indissolúvel e permanente. Cruz (2010, p. 92) diz que o pacto federativo é a própria constituição, além de relacioná-lo à autonomia dos entes federados, que seria o atributo principal da organização do estado federal.

Quintiliano (2013, p. 170), por sua vez, conceitua o pacto federativo com base em dois aspectos: **i)** o pacto federativo como arranjo de distribuição de competências

constitucionalmente previsto; e **ii)** o pacto federativo como forma de organização político-administrativa.

Para o escopo deste trabalho, serão consideradas as noções do pacto federativo trazidas por Leonardo David Quintiliano, visto que refletem o aspecto do federalismo de maior relevância para o problema aqui considerado, qual seja, repartição de competências entre os entes federativos brasileiros e relação com a elaboração de políticas públicas e a problemática questão financeira para a execução.

Ademais, a análise crítica será realizada limitada às competências material, exclusiva ou comum, de José Afonso da Silva, e às competências financeira e de formulação de políticas públicas, com base na classificação do autor supra, apresentadas na seção [2.3.3](#).

2.4.1 Críticas à repartição de competências na CRFB/1988

A repartição de competências estabelecida pela Constituição de 1988 significou uma mudança de paradigma em relação ao federalismo vigente no governo militar. Esse período ficou marcado por um federalismo de integração e por uma forte centralização política e financeira. A CRFB/1988, por sua vez, restaurou a descentralização do estado brasileiro, em que os entes subnacionais se tornaram gestores das políticas sociais (ARRETCHE, 1999, p. 113-114).

Nesse contexto de descentralização, torna-se relevante o status de comuns atribuído às competências indicadas no art. 23, da CRFB/1988²⁸, visto que elas estabelecem as políticas a serem implementadas em conjunto por todos os entes federativos (BRASIL, 1988).

²⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; ([Vide ADPF 672](#))
- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015](#))
- VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
- VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; ([Vide ADPF 672](#))
- X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

A Constituição de 1988 buscou a universalização de serviços sociais, por meio da descentralização das competências, mas manteve alguns aspectos críticos de cartas anteriores, como a adoção de regras uniformes para os entes diversos da União. Souza (2005, p. 118) identifica três problemas evidentes do federalismo brasileiro: **i)** alto nível de desigualdade entre as regiões; **ii)** uniformização dos entes subnacionais, sobretudo dos Estados, em virtude da redução relativa de receitas e a consequente inviabilidade como ator na implementação das políticas; e **iii)** escassez de coordenação e de cooperação entre esferas de governo, o que reduz os meios de diminuição da competição entre os entes da federação.

A técnica de repartição de competências comuns para a execução das políticas sociais nos três níveis federativos é objeto de discussão entre os atores políticos acerca da responsabilidade pela sua execução. Verifica-se, na prática, o exercício de um federalismo dual ou competitivo²⁹. Essa técnica causou um descompasso entre a previsão constitucional e a prática executiva, consequência de grandes desigualdades entre os entes subnacionais, o que reflete na capacidade de implementar as políticas públicas, e da inexistência de mecanismos que incentivem a cooperação entre eles (SOUZA, 2005, p. 112).

O principal problema alegado relacionado à descentralização consiste, basicamente, na descentralização da competência para a execução de serviços públicos desacompanhada de capacidade financeira para os entes subnacionais. Sousa e Castro (2017, p. 883) entendem que a reforma do estado empreendida após a CRFB/1988 se materializou mediante a descentralização de responsabilidades dissociada dos recursos. Desse modo, o Brasil segue como estado gerencial, favorecendo um federalismo de coalização, de dependência e de caráter centralizador. Esse modelo apresenta tendências liberais, segundo o qual o estado não executa as políticas públicas diretamente.

A distribuição de competências no Brasil acarretou, então, dois conflitos importantes: **i)** a alegação de incompetência dos entes federativos para assumir despesas e obrigações; e **ii)** a reivindicação simultânea dos mesmos espaços de poder pelos entes federativos. Esses conflitos estão ligados à relação entre os ganhos políticos e as perdas financeiras, em que se buscam os ganhos isoladamente e se dividem as perdas cooperativamente (QUINTILIANO, 2013, p. 176).

Rubinstein (2013, p. 159-160) aponta que a descentralização positivada na CRFB/1988 foi desprovida de “consenso e planejamento racional”, falhando no objetivo de reduzir as

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. (BRASIL, 1988)

²⁹ Sobre o federalismo dual e o competitivo, ver seção [2.4.2.](#)

desigualdades na prestação dos serviços sociais verificadas entre Estados e Municípios brasileiros.

A repartição de competências e a capacidade de implementação de políticas públicas está relacionada a um outro aspecto: o federalismo fiscal. Esse conceito envolve a partilha dos recursos patrimoniais e das competências tributárias e financeiras entre os entes, conferindo a cada um a autonomia para a realização das políticas públicas (ABRAHAM, 2017, p. 47).

Abraham (2017, p. 48-51) destaca que o federalismo fiscal no Brasil é marcado pelo desequilíbrio entre as competências atribuídas a cada ente e os recursos financeiros disponíveis e pela concentração do poderio fiscal no ente central em detrimento dos demais. Com relação à concentração de arrecadação na União, importa ressaltar que esse processo concentrador se deu em virtude de emendas constitucionais, que desnaturaram a descentralização originalmente atribuída pela CRFB/1988.

Afonso e Gobetti (2008, p. 234-235) mencionam o Brasil como um exemplo de sucesso no que diz respeito à forma federativa de fato e de direito. Os autores destacam, na moldura federal brasileira, a realização do gasto público em áreas sociais em níveis altos, mediante programas sociais universais com ampla descentralização na execução, destacando-se os Municípios. Em outro passo, realçam uma considerável autonomia federativa dos Estados e dos Municípios, o que resulta em uma “guerra fiscal generalizada e suicida”.

A repartição de competências no Brasil, como se percebe, é marcada pela descentralização de atribuições para a execução de serviços públicos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios sem coordenação da União, e pela concentração de recursos financeiros no ente central. Essa configuração resulta na execução deficiente dessas políticas e na dificuldade em reduzir as desigualdades no país.

2.4.2 A realidade brasileira e o federalismo cooperativo

A atuação dos entes federativos deve ser motivada pelo princípio constitucional da solidariedade. De acordo com esse mandamento, os entes devem agir em conjunto em busca de realizar os objetivos fins da República previstos no art. 3º da CRFB/1988³⁰, com destaque para a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e entre regiões.

³⁰ Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - **garantir o desenvolvimento nacional;**

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

O modelo brasileiro de federação, caracterizado pela autonomia e pela heterogeneidade dos seus entes periféricos, fortaleceu a importância de Estados e Municípios. Diante da autonomia que lhe é atribuída, esses entes somente assumem a gestão de políticas públicas mediante imposição constitucional, por iniciativa própria ou por adesão desse ente à política do ente menos regional. (ARRETCHE, 1999, p. 115). Assim, o alcance desses objetivos republicanos é possível somente pela cooperação entre todos os entes federativos. A fórmula cooperativa está prevista no parágrafo único, do art. 23, da CRFB/1988³¹, ao estabelecer que as ações a que se refere deverão ser executadas em cooperação entre os entes, objetivando o desenvolvimento equilibrado e o bem-estar no âmbito nacional (BRASIL, 1988). Desse modo, o constituinte originário adotou o federalismo cooperativo no Brasil.

A concepção do federalismo cooperativo surgiu nos Estados Unidos, em contraposição ao dual. O federalismo dualista surgiu num contexto liberal, em que o estado era regulador do mercado e organização da economia. Esse modelo pressupõe a repartição e competências de forma estanque para cada ente do pacto federativo, sem qualquer tipo de compartilhamento entre eles, de modo que o ente exerce suas atividades no seu campo de atuação exclusivo (CRUZ, 2010, p. 87; PINTO, 2018, p. 15). O federalismo cooperativo, por sua vez, nasceu na esteira da implantação do *New Deal* e do estado de bem-estar social, tornando viável a transferência de recursos tributários da União para os Estados-membros com a contrapartida de estes entes assumirem determinadas tarefas (ZAGO, 2016, p. 38).

Bercovici (2002, p. 14-16) diferencia coordenação de cooperação. A coordenação, relacionada ao exercício das competências concorrentes, pressupõe a tomada de decisões comum entre os entes e, em escala federal, é adotada por cada ente, fazendo as adaptações necessárias a cada especificidade local. A cooperação, de outro turno, compreende o exercício das competências comuns por todos os entes conjuntamente, sem supremacia entre eles.

Quintiliano (2013, p. 266) destaca que a falta de coordenação na adoção obrigatória do federalismo cooperativo gera falta de eficiência e o desperdício de recursos. Da mesma forma, critica o modelo adotado, em que a União centraliza o planejamento e distribui sua execução aos demais entes sem a participação de cada esfera.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

³¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#)) (BRASIL, 1988)

Cruz (2010, p. 115) ressalta o papel mediador que a União deve exercer na equalização de desequilíbrios entre Estados brasileiros mediante políticas supletivas que possibilitem uma isonomia substancial no acesso a políticas sociais pelos entes federativos brasileiros.

Pinto (2018, p. 15-17) propõe, também, a existência do federalismo competitivo, em resposta ao modelo cooperativo. Esse formato consiste na descentralização das atividades para os governos subnacionais, os quais irão competir na execução das atividades, com foco na eficiência do sistema. Bernardes (2008, p. 171) vai em sentido similar, ao defender que a aproximação do federalismo brasileiro ao modelo competitivo seria importante para impedir que a coordenação do poder central se transforme em subordinação dos demais entes federativos.

O federalismo cooperativo possui defeitos na sua conformação e na sua execução. Ainda assim, sua adoção é obrigatória constitucionalmente nas matérias comuns, especialmente na adoção de políticas públicas, além de ser o modelo adequado ao sistema de repartição de competências do estado brasileiro. Por fim, a cooperação é o meio necessário ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil.

3 A DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PACTO FEDERATIVO

Os *royalties* de petróleo e gás natural constituem importantes receitas governamentais dos entes federativos. Antes de avançar no seu estudo, todavia, é importante fazer algumas considerações sobre o que são e de quem é a propriedade desses recursos naturais.

O petróleo e o gás natural são recursos naturais importantes dos pontos de vista energético e econômico. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) conceitua o petróleo e o gás natural, destacando que são recursos naturais extraídos do subsolo terrestre ou do subsolo marítimo localizado na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva (ZEE) e de elevado interesse econômico e político:

O **petróleo** é um material fóssil, oleoso e inflamável, de alto valor energético, geralmente menos denso do que a água, com cheiro característico e coloração que pode variar do incolor até o preto. Extraído em terra (onshore) ou abaixo do assoalho do mar (offshore), a prospecção e futura exploração comercial do petróleo demandam anos de preparação e grandes investimentos, que são progressivamente mais altos conforme a localização e a forma como os reservatórios se apresentam. Por seu alto valor energético e também por ser uma fonte não renovável, o petróleo se tornou um produto estratégico para o desenvolvimento das nações no mundo, com forte influência nas políticas internas e nas relações internacionais tanto para os países que possuem reservas como para os que não possuem. (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2020a)

Gás natural é uma substância composta por hidrocarbonetos que permanecem em estado gasoso nas condições atmosféricas normais. É essencialmente composta pelos hidrocarbonetos metano (CH₄), com teores acima de 70 %, seguida de etano (C₂H₆) e, em menores proporções, o propano (C₃H₈), usualmente com teores abaixo de 2 %.

[...]

O gás natural pode ser classificado em duas categorias: associado e não associado. O gás associado é aquele que, no reservatório geológico, se encontra dissolvido no petróleo ou sob a forma de uma capa de gás. Neste caso, normalmente privilegia-se a produção inicial do óleo, utilizando-se o gás para manter a pressão do reservatório. O gás não associado é aquele que está livre do óleo e da água no reservatório; sua concentração é predominante na camada rochosa, permitindo a produção basicamente de gás natural. (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2020b)

O estudo dos *royalties* tem relação com o direito de propriedade sobre determinado bem, conforme disposição na Constituição de 1988³².

³² Esse tema será tratado com maiores detalhes na seção [3.1.2](#).

Feitas essas breves considerações sobre os conceitos de petróleo e gás natural, têm-se fundamentos básicos, mas essenciais para a compreensão dos *royalties* no escopo deste trabalho.

Originariamente, a definição de *royalty* está ligada à soberania ou ao domínio exercido pelo rei sobre o solo ou os recursos minerais de sua propriedade, cabendo-lhe, portanto, o recebimento de valores decorrentes da exploração por terceiros. Esse *royalty* tinha a função arrecadatória, de modo permitir o financiamento das despesas do estado (REIS, 2017, p. 167-168).

Em sentido mais amplo, os *royalties* são valores devidos pelas empresas exploradoras decorrentes da produção de petróleo e gás natural provenientes de jazidas cuja titularidade é de um ente público (CAVALCANTI, 2013, p. 6).

3.1 BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA DO REGIME JURÍDICO DO PETRÓLEO E DA DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL

A distribuição das participações governamentais sobre petróleo e gás natural tem início na década de 1930, quando o petróleo se tornou um recurso de relevância nacional a partir da nacionalização do subsolo brasileiro. A análise temporal dessa distribuição pode ser dividida entre o período iniciado naquela década até 1988, marcado pela valorização do petróleo como recurso nacional estratégico e pela consolidação da cobrança de *royalties*³³ decorrentes de sua exploração, e o período pós-1988 até a atualidade.

O acompanhamento dessa linha do tempo permite verificar a consolidação do regime dominial do petróleo no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a observação das diversas alterações que a distribuição dos *royalties* sofreu com o passar das décadas, demonstrando uma tendência de descentralização dos seus beneficiários.

3.1.1 Da nacionalização do subsolo ao período pré-1988

O petróleo se tornou importante econômica e politicamente a partir da nacionalização do subsolo brasileiro. O Decreto nº 24.642/1934, que instituiu o Código de Minas, passou para o domínio da União (regime de domínio) as jazidas minerais ainda inexploradas, nacionalizando o subsolo brasileiro, até então de propriedade do proprietário da terra (regime de acessão). O

³³ As participações estatais sobre as rendas do petróleo, chamadas de *royalty* a partir de 1997, com a Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), também já foram chamadas de indenização e de compensação financeira (AFONSO; GOBETTI, 2008, p. 236). Para o escopo deste trabalho, não será feita essa diferenciação entre indenizações, compensações financeiras e *royalties*, denominando-os pelo último termo.

disposto no Decreto foi ratificado pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CREUB/1934), nos termos do art. 118³⁴.

Em 1938, o Decreto-Lei nº 366/1938, que incorporou o Título VIII ao Código de Minas, determinou o domínio público das jazidas de petróleo e gás natural situadas no território brasileiro, além de não reconhecer qualquer domínio privado sobre essas jazidas (BRASIL, 1938a). No mesmo ano, o petróleo passou a ser considerado um mineral de utilidade pública, diferenciado dos demais, conforme disposto no art. 1º do Decreto-Lei nº 395/1938³⁵.

O Decreto-Lei nº 366/1938 foi um marco na cobrança de *royalties* sobre petróleo no Brasil, ao determinar, no art. 108, *caput* e § 1º, de forma inovadora, o pagamento, pelo concessionário, de “a quota de nove por cento (9 %) da produção de petróleo bruto, ou o valor correspondente em dinheiro”, quando a jazida for de propriedade federal, ou, quando o Estado for proprietário da lavra, a quota “será dividida, em partes iguais, pela União e pelo Estado, recebendo este, sempre em dinheiro, a participação a que tiver direito.” (BRASIL, 1938a; REIS, 2017, p. 178).

O regime de domínio das jazidas de petróleo e gás natural, bem como o percentual devido a título de *royalty*, sofreu nova alteração nesse período. O Decreto-lei nº 3.236/1941, em seu art. 1º, determinou o domínio das jazidas exclusivamente à União, afastando o direito dos Estados. No que diz respeito ao pagamento dos *royalties*, o Decreto-Lei determinou, no art. 18, § 2º, o pagamento de “quota de dez por cento (10 %) da produção de petróleo bruto, ou o valor correspondente em dinheiro”, sem divisão com os Estados (BRASIL, 1941; REIS, 2017, p. 179).

No início da década de 1950, as discussões acerca do controle sobre o petróleo pelo estado brasileiro eram intensas. O viés nacionalista sobre o petróleo, representado pela Campanha do Petróleo e o seu lema “O Petróleo é Nosso.” era preponderante na política nacional, em resposta à tramitação do Estatuto do Petróleo, que propunha abertura do setor ao capital estrangeiro. Nesse contexto, o presidente Getúlio Vargas enviou o Projeto de Lei nº 1.516/1951 (PL 1.516/1951) ao Congresso Nacional, com a proposta de criação da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), sociedade de economia mista para exploração e produção de petróleo e derivados, dentre outras providências. Dois pontos do PL 1.516/1951 merecem destaque, visto que seus efeitos persistem, direta ou indiretamente, até a atualidade: **i)** a disputa entre Estados produtores

³⁴ Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. (BRASIL, 1934)

³⁵ Art. 1º Fica declarado de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo. (BRASIL, 1938b)

e consumidores de petróleo e derivados na participação sobre o Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos e Lubrificantes, e **ii**) a distribuição de *royalties* a Estados e Municípios produtores de petróleo (BERCOVICI, 2011, p. 149-159).

A Lei nº 2.004/1953, sancionada a partir do PL 1.516/1951, dispôs sobre a Política Nacional do Petróleo, instituindo o monopólio estatal sobre o petróleo e o gás natural. Além da sua criação, a lei determinava, na redação original do art. 27, a obrigação do pagamento “indenização correspondente a 5 % (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás” pela Petrobras aos Estados e aos Territórios onde ocorresse a exploração do petróleo e do gás natural. Nessa época, a produção de petróleo e gás ocorria em terra. A redação do § 3º determinava que os Estados e os Territórios deveriam distribuir “20 % (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles” (BRASIL, 1953).

A distribuição dos *royalties* foi alterada pela Lei nº 3.257/1957, ao obrigar o pagamento de 4 % de indenização aos Estados e Territórios e de 1 % de parcela própria aos Municípios onde ocorria a exploração. Essa alteração favoreceu os Estados, na medida em que foram desobrigados a repassar aos entes locais (REIS, 2017, p. 180).

A produção *offshore* motivou nova repartição dos *royalties* devidos pela exploração de óleo e gás. O Decreto-Lei nº 523/1969 inaugurou disciplina para o pagamento de *royalties* da exploração na plataforma continental, diversa daquela aplicada na exploração em terra. O mencionado decreto-lei instituiu o pagamento de 5 % sobre a produção divididos entre o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), o Ministério das Minas e Energia (MME), para constituição do Fundo Nacional de Mineração (FNM) e o Ministério da Educação e Cultura (MEC) (FERNANDES, 2014, p. 148; REIS, 2017, p. 180).

Os entes subnacionais passaram a ter direito aos *royalties* da exploração marítima em 1985, com a aprovação da Lei nº 7.453/1985. Com a redação do *caput*, art. 27, da Lei nº 2.004/1953, os Estados e Territórios passaram a ter direito a indenização de 4 %, e os Municípios, de 1 %, sobre os valores do óleo e do gás natural extraídos de suas áreas, sem diferenciar a produção *offshore* da *onshore*.

A Lei nº 7.453/1985, ao incluir o § 4º ao art. 27 da Lei nº 2.004/1953³⁶, garantiu o pagamento de *royalties* a Estados, Territórios e Municípios confrontantes, nos termos do art. 2º da mais recente lei³⁷.

Reis (2017, p. 181) alerta que a alteração do § 4º causou uma disputa política entre os entes subnacionais pelo aumento dos *royalties* advindos da produção em mar. Além disso, a autora critica a falta de preocupação dos entes confrontantes com os demais, ao desconsiderarem que o petróleo é um bem público pertencente ao povo brasileiro. Outro ponto a ser destacado foi a destinação de 1 % dos *royalties* para o Fundo Especial (FE), sendo reservados 20 % aos Estados e Territórios e 80 % aos Municípios.

3.1.2 Da Constituição de 1988 à atualidade

Bercovici (2011, p. 225) afirma que a Constituição de 1988 consolidou a nacionalização do subsolo iniciada com o Decreto nº 24.642/1934, que instituiu o Código de Minas, nos termos do inc. IX, art. 20, que institui “os recursos minerais, inclusive os do subsolo” como bens da União, e do art. 176, *caput*, ao dispor que as jazidas, exploradas ou não, são de propriedade distinta da do solo, pertencendo à União. A CRFB/1988, no inc. V, art. 20, determinou que também são bens da União “os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva”. Dessa forma, conclui-se que o óleo e o gás extraídos do território soberano brasileiro são de propriedade da União.

A Constituição de 1988 consolidou a participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios³⁸ nas receitas petrolíferas, na forma de “participação no resultado” ou de “compensação financeira” (BRASIL, 1988). A distribuição para Estados e Municípios é regida por dois princípios basilares: a produção e o impacto de instalações de embarque e desembarque de óleo e gás nesses locais (AFONSO; GOBETTI, 2008, p. 239).

³⁶ Art. 27 – *Omissis*

§ 4º - **É também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes**, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5 % (cinco por cento) fixados no *caput* deste artigo, sendo 1,5 % (um e meio por cento) aos Estados e Territórios; 1,5 % (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geo-econômicas, 1 % (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e **1 % (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios**. (Redação dada pela Lei nº 7.453, de 1985) (BRASIL, 1989, grifo nosso)

³⁷ A Lei nº 7.525/1985 considerou, em seu art. 2º, que “consideram-se confrontantes com poços produtores os Estados, Territórios e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços.” (BRASIL, 1986).

³⁸ A CRFB/1988 excluiu os Territórios do rateio das rendas petrolíferas.

A Lei nº 7.990/1989, que alterou a Lei nº 2.004/1953, determinou o pagamento de *royalties* aos Estados, ao DF e aos Municípios no percentual de 5 % sobre o valor do petróleo e do gás natural “de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural”. Desse total, seriam destinados 70 %, 20 % e 10 %, respectivamente, aos Estados e Municípios produtores e aos Municípios afetados com “instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural”. Essa alteração manteve a repartição dos *royalties* da produção em mar aos entes subnacionais, mas reduziu, de 1 para 0,5 % o destinado ao Fundo Especial (BRASIL, 1989).

A Emenda Constitucional nº 6/1995 (EC 6/1995) rompeu com o viés nacionalista constitucionalizado a partir de 1934 ao extinguir o monopólio estatal sobre o petróleo e o gás natural (BERCOVICI, 2011, p. 247). A quebra desse monopólio, de natureza econômica, representou o fim da exclusividade no comércio de petróleo e gás natural pela União (SANTOS NETO, 2018). Na esteira, foi sancionada a Lei nº 9.478/1997, a Lei do Petróleo, que permitiu a outorga das atividades relacionadas à indústria petrolífera à iniciativa privada mediante concessão ou autorização (SERRA, 2005, p. 186). De acordo com Santos Neto (2018), é por meio do contrato de concessão que o estado delega “a exploração de um bem ou a realização de uma atividade, ou serviço público” a alguém.

A Lei do Petróleo estabelecia, nos termos da redação original do *caput* do art. 23, que as “atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão”. Além do regime de concessão para exploração de petróleo e gás natural, a lei inovou em dois aspectos: **i)** em regra, os *royalties* serão cobrados no percentual máximo de 10 %, podendo ser reduzido ao mínimo de 5 %, e **ii)** previu a obrigação do concessionário ao pagamento de participação especial, que corresponde a “compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural para campos de grande volume de produção” (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2020).

A Lei do Petróleo, na redação original do art. 48, manteve a divisão dos *royalties*, no limite de 5 %, prevista na Lei nº 7.990/1989. O percentual de *royalties* que exceder esse limite mínimo será assim dividido: **i)** produção *onshore*: 52,5 % ao Estado produtor, 15 % ao Município produtor, 7,5 % aos Municípios afetados e 25 % ao Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT); **ii)** produção *offshore*: 22,5 % aos Estados produtores confrontantes, 22,5 % aos Municípios produtores confrontantes, 15 % ao Ministério da Marinha, 7,5 % aos

Municípios afetados, 7,5 % ao FE distribuído entre a totalidade de Estados, Territórios e Municípios, e 25 % ao MCT (BRASIL, 1997).

A Lei nº 9.478/1997 determinou, nos termos do § 2º, art. 50, a divisão da PE da seguinte forma: 40 % ao MME, 10 % ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), 40 % ao Estado produtor ou confrontante e 10 % ao Município produtor ou confrontante (BRASIL, 1997).

Em suma, para os contratos de concessão, a Lei nº 9.478/1997 determinou, originalmente, três critérios de distribuição das participações governamentais: **i) royalties** no limite mínimo de 5 %, de acordo com o art. 48, *caput*, **ii) royalties** além do limite mínimo de 5 %, de acordo com os inc. I e II do art. 49, e **iii) PE**, de acordo com o § 2º do art. 50.

A Lei nº 12.351/2010 instituiu o regime de partilha da produção como regramento da exploração e da produção de petróleo e gás natural na camada do pré-sal e em áreas estratégicas, e criou o Fundo Social (FS) (SANTOS NETO, 2018). O regime de partilha difere do contrato de concessão essencialmente no que diz respeito à propriedade sobre o petróleo extraído. No contrato de concessão, a petrolífera torna-se proprietária da produção após a saída do poço³⁹. No regime de partilha, a petrolífera se apropria da produção no ponto de partilha, após a divisão do petróleo e do gás com a União, mediante pagamento de *royalty* (FERNANDES, 2014, p. 78-81).

Diante da perspectiva do aumento das participações governamentais, o então senador Wellington Dias apresentou o Projeto de Lei nº 2.565/2011 (PL 2.565/2011), transformado na Lei nº 12.734/2012. A lei foi sancionada com vetos de diversos dispositivos que ampliavam a repartição a entes não produtores e que afetavam contratos de exploração vigentes. Os vetos foram rejeitados e promulgados pelo Congresso Nacional⁴⁰. A lei disciplinou a distribuição dos *royalties* no regime de partilha e alterou as regras de repartição de *royalties* e PE determinadas pela Lei nº 9.478/1997 nos contratos de concessão, aumentando o pagamento de participações a Estados e Municípios não-produtores e reduzindo, conseqüentemente, o rateio aos entes produtores.

A Lei nº 12.734/2012 alterou a Lei nº 12.351/2010 e instituiu, para o regime de partilha, o pagamento de *royalties* no percentual de 15 % sobre o valor de óleo e gás produzidos. O rateio

³⁹ Bercovici (2011, p. 295) defende que o art. 26, *caput*, da Lei nº 9.478/1997, ao conferir a propriedade do petróleo e do gás natural extraídos ao concessionário, é inconstitucional, pois viola a disposição dos arts. 20, IX e 177 da CRFB/1988.

⁴⁰ Os trechos sancionados da Lei nº 12.734/2012 foram publicados no Diário Oficial da União (D.O.U.) em 30 de novembro de 2012. Após a rejeição dos vetos da Presidência da República, os trechos promulgados foram publicados no D.O.U. em 15 de março de 2013.

desses *royalties* da produção em terra foi definido da seguinte forma: 20 % a Estados e DF, se produtores, 10 % a Municípios produtores, 5 % a Municípios afetados, 25 % para formação de fundo especial de Estados e DF, 25 % para formação de fundo especial de Municípios e 15 % para o FS, via União. Para a produção marítima, assim a lei disciplinou a repartição: 22 % a Estados confrontantes, 5 % a Municípios confrontantes, 2 % a Municípios afetados, 24,5 % à formação de fundo especial de Estados e DF, 24,5 % à formação de fundo especial de Municípios e 22 % ao FS, via União (BRASIL, 2012).

Para os contratos de concessão regidos pela Lei nº 9.478/1997, a Lei nº 12.734/2012 manteve inalterada a repartição dos *royalties* advindos da produção terrestre no limite de 5 %. No entanto, os *royalties* devidos da produção marítima passaram a ser divididos conforme o seguinte: 20 % a Estados confrontantes, 17 % a Municípios confrontantes, 3 % a Municípios afetados, 20 % à formação de fundo especial de Estados e DF, 20 % à formação de fundo especial de Municípios e 20 % ao FS, via União (BRASIL, 1997).

No que diz respeito aos *royalties* que excederem ao limite inferior de 5 %, as participações decorrentes da lavra em terra mantiveram-se inalteradas, exceto pela destinação dos 25 % ao FS, via União, em substituição ao MCT. Os *royalties* devidos da produção marítima passaram a ter a nova repartição: 20 % a Estados confrontantes, 17 % a Municípios confrontantes, 3 % a Municípios afetados, 20 % à formação de fundo especial de Estados e DF, 20 % à formação de fundo especial de Municípios e 20 % ao FS, via União (BRASIL, 1997).

A Lei nº 9.478/1997 também foi alterada pela Lei nº 12.734/2012 no que tange aos percentuais de rateio da participação especial, conforme o disposto: 42 % ao FS, via União, 34 % ao Estado produtor ou confrontante, 5 % ao Município produtor ou confrontante, 9,5 % à formação de fundo especial de Estados e DF e 9,5 % à formação de fundo especial de Municípios (BRASIL, 1997).

A repartição das participações governamentais entre os beneficiários, em tese, segue, resumidamente, os seguintes critérios: **i)** *royalties* do regime de partilha da produção, **ii)** *royalties* no limite mínimo de 5 % dos contratos de concessão, **iii)** *royalties* no excedente ao limite de 5 %, e **iv)** participação especial nos contratos de concessão.

De acordo com o exposto nesta seção, é possível perceber que a distribuição das participações governamentais devidas da produção de petróleo e gás natural é território para disputas entre agentes e entes políticos do país. A Lei nº 12.734/2012, resultado da disputa legislativa mais recente pela divisão dessas participações, teve seus efeitos suspensos, em

caráter liminar, pela Min. Cármen Lúcia no julgamento da ADI 4.917, em decisão monocrática ocorrida em 2013. Desse modo, o pagamento de *royalties* e PE segue, na maioria dos casos, o disposto na Lei nº 9.478/1997, conforme discutido nesta seção.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES* DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM BASE NO ART. 20, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

A natureza jurídica dos *royalties* é um tema polêmico, visto que a CRFB/1988 classifica essas receitas como “participação no resultado” ou “compensação financeira” (BRASIL, 1988). Essa polêmica voltou à tona, sobretudo a partir da Lei nº 12.734/2012 e da ADI 4.917, visto que a constitucionalidade da distribuição de *royalties* determinada pela lei passa pela discussão acerca da natureza jurídica constitucional das participações.

Os *royalties* de petróleo, *a priori*, podem ser conceituados segundo critérios do Direito Financeiro. De acordo com Abraham (2017, p. 97-99), a participação ou a compensação financeira decorrentes da exploração de recursos minerais são classificadas como receitas públicas patrimoniais. Desse modo, os *royalties* de petróleo e gás natural são receitas públicas originadas a partir do patrimônio estatal, sendo utilizada tal classificação para os fins desta pesquisa.

De acordo com Serra (2005, p. 6, grifo nosso), *royalties* de petróleo seriam “espécies de **tributos** que incidem sobre o valor da produção (tributos *ad valorem*) do óleo cru e do gás natural.” O *royalty*, contudo, não pode ser classificado como tributo, pois não se trata de receita originária, mas derivada (BERCOVICI, 2011, p. 329)⁴¹.

O *royalty* pode ser definido, por ora, como uma renda minerária, ou seja, uma retribuição ou uma compensação paga pela exploração de um bem natural não-renovável. Dessa forma, o *royalty* de petróleo e gás natural é uma renda decorrente da exploração desses minerais (BERCOVICI, 2011, p. 328).

⁴¹ O STF tem jurisprudência no sentido de classificar os *royalties* como receita patrimonial: “prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial” (BRASIL, 2001).

Os *royalties* decorrentes da exploração de petróleo e gás natural são garantidos constitucionalmente aos entes federativos, de acordo com o disposto no § 1º, art. 20, da CRFB/1988, em sua redação original^{42 43}.

A distinção entre participação no resultado e compensação financeira não é doutrinariamente consensual. Para alguns autores, a distinção irrelevante, enquanto outros defendem que a distinção é relevante para a definição da matéria⁴⁴.

Rubinstein (2013, p. 84-85) defende que não existe diferença entre os regimes jurídicos das participações governamentais de que trata o § 1º, art. 20, da CRFB/1988. Nesse caso, a participação nos resultados e a compensação financeira se diferenciam na forma de dimensionamento e de cálculo das mencionadas receitas públicas. Para o autor, a compensação financeira constitui uma modalidade dos *royalties*.

Barroso (2013, p. 206) não faz distinção da nomenclatura constitucional, mas defende que “por qualquer elemento de interpretação que se queira prestigiar, as participações e compensações referidas no art. 20, § 1º da Constituição dirigem-se aos Estados e Municípios produtores e diretamente afetados pela exploração do petróleo, tanto em terra como no mar.”

Almeida Filho (2013, p. 6) também não faz qualquer distinção prática entre a participação nos resultados e a compensação financeira, tratando ambos os institutos como compensação a Estados e Municípios produtores por suportarem impactos ambientais e socioeconômicos causados pela exploração.

Oliveira (2010, p. 246-247) defende que as expressões foram usadas pelo constituinte sem precisão jurídica, pois ambos os termos se referem à divisão dos resultados financeiros decorrentes da exploração mineral entre os entes federativos. Apesar de sustentar que o constituinte não os distinguiu, o autor diferencia os dois institutos:

Participação decorre de associação. Basta que alguém integre alguma sociedade ou associação de interesses que fará jus à partilha, seja de lucros,

⁴² Art. 20 – *Omissis*

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, **participação no resultado** da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou **compensação financeira** por essa exploração. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

⁴³ A Emenda Constitucional nº 102/2019 (EC 102/2019) deu nova redação ao § 1º, art. 20, da CRFB/1988, assegurando *royalties* diretamente à União em vez dos órgãos da sua administração direta. Essa alteração não será considerada para os fins deste trabalho, visto que não foi objeto de discussão da ADI 4.917 e que não influencia a discussão acerca da distribuição de *royalties* e PE aos beneficiários.

⁴⁴ Com base no brocardo em latim “*Verba cum effectu, sunt accipienda.*”, não existem palavras inúteis, as quais devem ser compreendidas de modo a produzir algum efeito (MAXIMILIANO, 2011, p. 204).

seja de prejuízos. Bem andou Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao afirmar que “a norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um “prejuízo” decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação de benefícios”.

[...] A *participação* decorre do texto constitucional e a lei deve fixar os percentuais que cabem a cada um dos entes federativos. A propriedade é da União. No entanto, ao lado de se encontrar a jazida no Estado Federal, está em um dos Estados-membros e dentro de determinado Município. Logo, os três entes federais repartem o resultado da exploração.

De seu turno, a *compensação* advém do dano possível ou real que o ente federativo possa sofrer. Como já disse, em virtude das obras para exploração de energia elétrica ou de qualquer exploração mineral, incluindo petróleo e gás natural, decorrem danos momentâneos ou permanentes para o Município. (OLIVEIRA, 2010, p. 245-246)

Silva A. (2018) é enfático ao dizer que a participação no resultado difere da compensação financeira pelo caráter indenizatório desta. A participação equivale a uma parte de dada vantagem financeira ou decorre do domínio público da União sobre o petróleo e da exploração ocorrida no território do ente subnacional ou no mar. A compensação pressupõe a ocorrência de perdas decorrentes de danos ambientais e socioeconômicos causados pela exploração.

Silva J. (2009, p. 258-259) diferencia expressamente a participação da compensação, sendo que a definição constitucional não é cumulativa, mas alternativa, ou seja, só existe a compensação se não ocorrer a participação, cujo pressuposto deste é a existência de resultado líquido. Para o autor, a própria participação possui um caráter compensatório dos ônus, encargos e demais exigências decorrentes da exploração no território, sendo os beneficiários “Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da Administração direta da União”. Nesse sentido, coube à Lei nº 9.478/1997 definir a participação de cada beneficiário no resultado da exploração.

Bercovici (2011, p. 343-344) não se atém a propor diferenças entre a participação nos resultados e a compensação pela exploração, mas afirma que os *royalties* não constituem compensação. O autor argumenta que a classificação dos *royalties* como compensação financeira é incompatível com a percepção quando parte dessa renda for proveniente da exploração no mar, território que não está sob domínio dos entes subnacionais, mas da União, pelos demais entes. Pela literalidade do texto constitucional, os Estados, o DF e os Municípios serão beneficiários da participação ou da compensação devido à exploração de petróleo e gás nos respectivos territórios.

Serra (2005, p. 35) parte da premissa que os *royalties* têm natureza compensatória em favor da União, proprietária do bem, a qual poderá distribuir para Estados, DF e Municípios de

forma universal com base em algum critério. A sua distribuição de forma seletiva para parte dos entes, independentemente do critério utilizado, afastaria, portanto, o seu caráter indenizatório.

O tema das participações governamentais sobre o petróleo e o gás natural foi objeto de discussão na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 (ANC/1987). O constituinte José Maurício defendeu o caráter compensatório dos *royalties* do petróleo aos Estados produtores, conforme se extrai do trecho abaixo:

[...] leva-me a exorar de V. Ex.a que encaminhe, pela sua alta significação e pelo que ela representa para os Estados produtores de petróleo, minha emenda ao Plenário, com vista a que, constitucionalmente, definamos, de uma vez por todas, a questão do pagamento da indenização aos Estados pela exploração do petróleo, mais vulgarmente conhecida como **royalties**, consagrada desde o advento da Lei nº 2.004/53, mas que, a nosso ver, há de estar consignada no texto constitucional. (BRASIL, 1987a, p. 242)

Em outra discussão acerca do tema, a constituinte Sandra Cavalcanti discursou no sentido de que os *royalties* são participações, demonstrando, de certa forma, que houve confusão acerca da natureza dessas participações governamentais, como se verifica no trecho extraído a seguir:

E, por isso mesmo, não se podem confundir, neste momento, recursos naturais que venham a dar participação aos municípios e aos Estados, com as decorrentes do esforço da agricultura, do esforço da pecuária, ou qualquer outro esforço que nasça do trabalho do homem. [...] O grande acréscimo trazido pela emenda do Deputado Prisco Viana, que nós votamos, foi a permissão para que pudessem **participar das riquezas advindas da exploração econômica** desses recursos naturais que lá estão, não só os Estados, os Municípios, como entidades de Direito Público ou de administração direta, como é o caso, por exemplo, da participação da Marinha Mercante na exploração do petróleo na Plataforma Continental. (BRASIL, 1987a, p. 679)

O constituinte, em outros momentos, deu bastante destaque à diferença entre a participação e a compensação. O constituinte Prisco Viana defendeu emenda que garantia a participação de “órgãos da administração direta da União”. Viana pretendia preservar a participação da Marinha do Brasil nos *royalties* pagos e garantir que o órgão militar continuasse seu programa de reaparelhamento científico, técnico e naval (BRASIL, 1987a, p. 676).

A defesa da participação da Marinha e de demais órgãos da Administração direta da União não sustenta o caráter meramente compensatório de *royalties* e PE, visto que esses órgãos não possuem território nem estão sujeitos aos ônus socioeconômicos alegados pelos entes produtores. Dito desse modo, os *royalties* distribuídos a esses órgãos têm natureza de participação nos resultados.

A jurisprudência do STF reconhece que a participação nos resultados e a compensação financeira de que trata a CRFB/1988 não se confundem, conforme ementas a seguir:

Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental – o que a L. 7.990/89 instituiu, ao estabelecer o art. 6º que “a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3 % sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral”, não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína “participação no resultado da exploração”, entendido o resultado não como lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1º, e a do art. 176, § 2º, da Constituição, *verbis*:

[...]

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 posta pelo art. 2º, § 1º, da Constituição.....[...]. (BRASIL, 2001, p. 485-486)

O Ministro Marco Aurélio, em decisão de 2015, sustentou-se no precedente da decisão do Ministro Sepúlveda Pertence:

2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de “participação no produto da exploração” dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. (Recurso Extraordinário nº 228.800-5/DF, relatado na Primeira Turma pelo Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de novembro de 2001). (BRASIL, 2015, p. 1-2)

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.846 (ADI 4.846) no plenário do STF permitiu verificar que a natureza dos *royalties* de petróleo não é consenso entre os membros da Corte.

O Min. Alexandre de Moraes afastou, no voto, o caráter unicamente indenizatório dos *royalties*, justificando que, se assim os fossem, seria necessário avaliar diretamente aqueles que eventualmente tivesse sofrido prejuízo. Adicionalmente, considerou os *royalties* como compensação financeira, mas concluiu que o constituinte autorizou o legislador a efetuar a divisão dessas participações governamentais aos Estados e aos Municípios, sem deixar de valorar a questão territorial, respeitando a ideia do pacto federativo cooperativo (BRASIL, 2019, p. 33).

O Min. Luís Roberto Barroso, no seu voto da ADI 4.846, destacou o seu entendimento em relação à natureza compensatória dos *royalties*, visto que existe “uma necessidade de compensação pelo aumento da demanda por serviços públicos nesses estados e, sobretudo,

nesses municípios, que são afetados significativamente pela produção do petróleo e pelas idas e vindas dessa produção.” (BRASIL, 2019, p. 35-36).

O Ministro Marco Aurélio, sem maior aprofundamento, reconheceu, por sua vez, que o § 1º, art. 20, da CRFB/1988 garante a participação no resultado da exploração de óleo e gás a todos os entes federativos brasileiros (BRASIL, 2019, p. 41).

O caráter indenizatório da compensação financeira requer a sua limitação equivalente ao dano sofrido pelo ente subnacional, enquanto a participação implica na associação dos benefícios. Com base jurisprudência do STF, em que pese a utilização do termo “compensação financeira”, o conceito de *royalty* adotado pelo legislador brasileiro se alinha ao modelo de participação nos resultados, visto que a sua base de cálculo é o faturamento decorrente da comercialização do óleo e sem haver limite ao valor recebido (FERNANDES, 2016, p. 169).

Com base no critério da propriedade do petróleo e do gás, Alves (2012, p. 90-92) defende que os *royalties* destinados à União, na condição de proprietária desses recursos, têm natureza de compensação financeira decorrente da perda do patrimônio causada pela exploração dos recursos. Por outro lado, a compensação devida a Estados e Municípios por danos socioambientais causados pela exploração desses recursos não representam prejuízo direto a esses entes, de modo que não se justifica pagamento de compensação a esses entes. O autor, então, conclui que, não sendo compensação financeira, os *royalties* pagos aos entes subnacionais têm natureza de participação nos resultados. Esse também é o entendimento de Iaci Pelaes dos Reis, segundo a qual o *royalty*, como receita originária da União, é compensação financeira, e como transferência obrigatória aos Estados e Municípios, é participação nos resultados (REIS, 2017, p. 194).

Gobetti (2011, p. 27) e Afonso e Gobetti (2008, p. 238-240) insinuam que existe uma diferença entre os *royalties* e a participação especial. Considerada uma “compensação extraordinária”, a participação especial se assemelha à participação nos resultados, visto que a alíquota pode chegar a 40 % sobre a renda líquida obtida dos campos de maior rentabilidade e de alta produtividade.

Derzi (2020, p. 19-20) faz uma análise do tema, em que pese sob perspectiva um pouco diferente, mas diferenciando participação no resultado de compensação financeira. Segundo a autora, o recebimento de *royalties* não decorre de uma indenização por danos decorrentes da exploração de óleo e gás, mas de uma contraprestação pela perda de uma riqueza de toda a nação brasileira. O pagamento à União tem natureza compensatória pelo esgotamento de um

bem que é seu. De outro modo, Estados e Municípios recebem *royalties* não como indenização por prejuízos causados a eles pela exploração, mas participam nos resultados como “**corolário do Federalismo de Cooperação**”.

O constituinte brasileiro classificou os *royalties* brasileiros como participação nos resultados e compensação financeira. Ambos os institutos jurídicos não se confundem e têm, como principal diferencial, a natureza indenizatória da compensação e, portanto, a necessidade de quantificação em limites proporcionais ao dano sofrido.

O legislador infralegal optou, à primeira vista, por atribuir a natureza compensatória a essa renda petrolífera. Por sua vez, a base de cálculo utilizada, a prescindibilidade de comprovação de perda decorrente do dano e a sua distribuição seletivamente a determinados entes permitem afastar a sua natureza compensatória e atribuí-la o caráter de participação no resultado. Por fim, é possível concluir que os institutos não são excludentes entre si, podendo o Congresso Nacional aprovar legislação de cobrança e distribuição de *royalties* com base nas duas classificações.

4 ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DA DECISÃO LIMINAR DA MINISTRA CARMÉN LÚCIA E PERSPECTIVAS EM RELAÇÃO À DECISÃO DA ADI 4.917

O novo regramento para distribuição de *royalties* e PE estabelecido pela Lei nº 12.734/2012 é objeto⁴⁵, conforme já enunciado ainda na seção introdutória deste trabalho, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em 15 de março de 2013. A ação foi distribuída à Ministra Cármen Lúcia, que decidiu, em 18 de março de 2013, pela procedência da medida cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos inseridos pela Lei nº 12.734/2012 que alteraram as regras de distribuição de *royalties* e PE, *ad referendum* do plenário do STF, conforme disposto *ipsis litteris*:

41. Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação.⁴⁶ (BRASIL, 2013a, p. 35)

A Mesa do Congresso Nacional interpôs Agravo Regimental contra a decisão da Ministra que deferiu a medida cautelar, requerendo, em suma, a sua revogação até o julgamento no plenário do STF (BRASIL, 2013b, p. 56-57).

A Ministra Cármen Lúcia, no curso do processo, pediu informações aos Presidentes da República, Dilma Roussef, e do Congresso Nacional, Renan Calheiros, nos termos do art. 6º, da Lei nº 9.868/1999⁴⁷, e determinou as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 12, Lei nº 9.868/1999⁴⁸.

A Presidência da República manifestou-se pela procedência da ADI 4.917, ratificando as razões que motivaram os vetos à Lei nº 12.734/2012 (BRASIL, 2013c, p. 8). A Procuradoria-Geral da República (PGR) se manifestou pela procedência parcial do pedido, devendo ser declarada a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, mas que os seus efeitos fossem

⁴⁵ Constitui objeto da petição inicial: “Inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/2012, na parte que altera dispositivos das Leis nº 9.478/1997 e 12.351/2010 referentes à distribuição dos *royalties* de petróleo.” (RIO DE JANEIRO (Estado), 2013).

⁴⁶ Os arts. 42-B e 42-C foram inseridos na Lei nº 12.351/2010, e não na Lei nº 9.478/1997.

⁴⁷ Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. (BRASIL, 1999)

⁴⁸ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. ([Vide ADO Nº 26](#)) (BRASIL, 1999)

produzidos somente a partir de 2016 (BRASIL, 2014a, p. 57-58). O Congresso Nacional e a Advocacia-Geral da União (AGU) manifestaram-se pela improcedência da ADI 4.917, declarando-se, portanto, constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 12.734/2012 impugnados (BRASIL, 2014b, p. 42; BRASIL, 2013d, p. 34).

O pedido principal da ADI 4.917⁴⁹, constante da inicial e objeto de estudo deste trabalho, consiste na tese da “invalidade global das alterações no regime jurídico dos *royalties* do petróleo”, com base nos seguintes fundamentos:

1. Violação do sentido e alcance do art. 20, § 1º da Constituição. Natureza compensatória e não redistributiva dos *royalties*.
2. Violação do pacto federativo originário e, conseqüentemente, do princípio da supremacia da Constituição e do princípio federativo. O pagamento de *royalties* e a fórmula de cobrança do ICMS sobre petróleo no destino – e não na origem – formam um sistema que integra o pacto constituinte entre Estados produtores e não-produtores. Lei ordinária não pode alterá-lo (CF, art. 155, § 2º, X, b). (RIO DE JANEIRO (Estado), 2013, p. 1)

Em virtude da relevância da matéria, foi admitido, no decorrer do processo, o ingresso de inúmeros órgãos e entidades representativos como *amici curae*, nos termos do § 2º, art. 7º, da Lei nº 9.868/1999⁵⁰.

As discussões verificadas no âmbito do processo demonstram a relevância e a sensibilidade da matéria para o pacto federativo brasileiro. Ao final desta seção, espera ter-se alcançado um entendimento da constitucionalidade dessas novas regras, a partir do estudo doutrinário e jurisprudencial realizado até esta etapa.

4.1 ANÁLISE DA DECISÃO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Em sua decisão, a Ministra Cármen Lúcia relata que, segundo o autor da ADI 4.917, o legislativo brasileiro teria extrapolado limites constitucionais, pois: **i)** desconsiderou a natureza indenizatória dos *royalties*, ao determinar critérios de compensação a Estados e Municípios que não sofrem danos, e distribuir valores a entes que não teriam direito constitucional a indenização; e **ii)** feriu o pacto federativo originário ao enfraquecer determinados entes federativos em benefício de outros, visto que o legislador teria afrontado o regime fixado pelo

⁴⁹ O pedido subsidiário da ADI 4.917 sustentou-se na tese da “invalidade da aplicação das novas regras aos *royalties* derivados das concessões instituídas na legislação anterior.” (RIO DE JANEIRO (Estado), 2013).

⁵⁰ Art. 7º *Omissis*

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (BRASIL, 1999)

§ 1º, art. 20, c/c a al. 'b', inc. X, § 2º, art. 155, da CRFB/1988 (BRASIL, 2013a, p. 11). Essas fundamentações serão analisadas detidamente nas subseções seguintes.

4.1.1 A ausência da titularidade dos *royalties* por entes produtores e/ou confrontantes e a hipotética distribuição a entes sem direito a indenização

A ministra defende, em outra passagem de sua decisão, que a Constituição garantiu aos entes produtores e confrontantes “participação dos recursos decorrentes daquela atividade” e definiu direito público subjetivo de Estados, DF e Municípios aos *royalties* devidos pela exploração de petróleo e gás. Os entes produtores dos recursos ou confrontantes de áreas onde ocorresse a exploração seriam, conforme previsão constitucional, titulares dessas participações (BRASIL, 2013a, p. 16-18).

Cármem Lúcia, em trecho mais avançado, sustenta a tese de que:

O direito das entidades federadas, Estados e Municípios, constitucionalmente assegurado, decorre de sua condição territorial e dos ônus que têm de suportar ou empreender pela sua geografia e, firmado nesta situação, assumir em sua geoeconomia, decorrentes daquela exploração. Daí a garantia constitucional de que participam no resultado ou compensam-se pela exploração de petróleo ou gás natural.

[...]

29. A alteração legislativa promovida, a aquinhoar Estados e Municípios não ajustados nas condições territoriais constitucionalmente descritas, com participação nos resultados da exploração de petróleo e gás natural ou com valores compensatórios, mostra-se dissonante da norma constitucional apontada como paradigma. (BRASIL, 2013a, p. 21-22)

A ministra Cármem Lúcia, em princípio, parece diferenciar os *royalties* devidos pela participação nos resultados daqueles pagos a título de compensação na exploração. Essa diferenciação, no entanto, leva a uma conclusão pelo direito dos entes afetados pela exploração somente com base no critério territorial e no aspecto indenizatório pelos ônus causados pela exploração. Desse modo, é possível concluir logicamente que a ministra decidiu pela natureza compensatória dos *royalties* de petróleo e gás, desconsiderando a sua natureza de participação nos resultados. Essa conclusão é coerente com o disposto na literatura que sustenta a natureza indenizatória dos *royalties* percebidos pela produção em terra, que está assentada, primordialmente, no critério territorial da atividade exploratória. Bercovici (2011, p. 343), no entanto, critica a base legal de repartição dos *royalties* lastrear-se nos critérios da territorialidade e da afetação, sobretudo daqueles derivados da produção marítima.

A ministra destaca que a questão será “resolvida em julgamento de mérito da presente ação” (BRASIL, 2013a, p. 22). Em que pese a sua decisão seja desprovida de maior

aprofundamento, o que decorre do caráter liminar e de urgência da decisão, cabe a crítica de que o seu entendimento é restritivo no que diz respeito à amplitude de tratamentos dados ao tema, parte dos quais trazidos na seção [3.2](#).

A decisão sobre o direito subjetivo à percepção dos *royalties* deve levar em consideração alguns aspectos teóricos que foram desprezados em sede de liminar. A diferença existente entre participação no resultado e compensação financeira não pode ser desconsiderada. A compensação, por associar-se a uma indenização, pressupõe a quantificação da extensão do dano a ser indenizado. Feita essa primeira consideração, caberá compensação à União, se a motivação for a exploração de um recurso não-renovável de sua propriedade, e/ou a União, Estados e Municípios, para exploração *onshore*, e ou somente à União, para exploração *offshore*, se a motivação se basear nos critérios da territorialidade e da afetação forem considerados para a divisão.

A natureza dos *royalties* como participação não pode ser desprezada, em respeito à supremacia constitucional. Ainda que o legislador tenha optado por conferir a natureza compensatória das participações governamentais do petróleo como regra, o regime constitucional não veda a instituição de *royalties* devidos a título de compensação e a título de participação cumulativamente. Além disso, atribuir natureza exclusivamente compensatória ao *royalty* criaria um paradoxo: como explicar a destinação de *royalties* e PE ao MCT, ao MME e ao MMA, órgãos da Administração direta destituídos de território e propriedade do óleo pelos quais poderiam ser indenizados? Se os *royalties* forem meramente compensatórios, ou o que se paga a esses órgãos são não-*royalties*, tendo em vista a ausência do objeto pelos quais são compensados, ou o pagamento desses valores a título de *royalties*, conforme disposto no § 1º, art. 20, da CRFB/1988, é inconstitucional. Desse modo, não resta outro enquadramento desses *royalties* se não a título de participação.

A adoção exclusiva do critério territorial para justificar o direito aos *royalties* é resultado, sobretudo, de disputas federativas e de argumentos regionalistas. A lógica baseada na proximidade com o local onde acontece a exploração dos recursos desconsidera a presença efetiva dos capitais envolvidos no processo. O critério da afetação, considerando-se a existência de instalações de embarque e desembarque de óleo e gás, não permite avaliar a proporção do impacto socioeconômico dessas atividades sobre o território. Nesses moldes, a distribuição de *royalties* é regressiva, pagando-se menos às municipalidades mais populosas (BERCOVICI, 2011, p. 340).

Adicionalmente, ao decidir pela natureza compensatória dos *royalties*, Cármen Lúcia acabou por chancelar contradição defendida na manifestação da Presidência da República, segundo a qual “Onde a Constituição não atribui patamares máximos, a lei discutida fixou cláusula de limitação.” (BRASIL, 2013c, p. 5). A Lei nº 12.734/2012 veda a percepção de *royalties* referentes às alíquotas destinadas aos entes produtores e àqueles destinadas aos confrontantes, ou seja, um ente que seja produtor e confrontante, simultaneamente, receberá *royalty* com base em somente uma dessas alíquotas.

Conforme já exposto em seção anterior, a natureza indenizatória da compensação requer a quantificação do dano sofrido; caso contrário, a alegada indenização é injusta, ao conceder direito a quem não o tem. No caso, um ente produtor ou confrontante é assim classificado com base no critério da territorialidade, de modo que a raiz do problema é o prejuízo causado, em tese, ao seu território.

Vislumbra-se, portanto, uma contradição: a Lei nº 12.734/2012, que estabelece limites ao pagamento de *royalties* e PE – situação compatível com a sua natureza indenizatória – é inconstitucional, mas a legislação anterior, que não estabelece um teto para o seu pagamento – de modo incompatível com a natureza compensatória – é constitucional. Conclui-se, dessa forma, que *royalties* e PE não constituem compensação financeira exclusivamente, de modo que não há como sustentar a tese da titularidade das participações pelos entes produtores e/ou confrontantes às zonas de produção.

4.1.2 O pagamento de *royalties* a Estados produtores como compensação pela cobrança do ICMS sobre petróleo e gás nos Estados destinatários e a “guerra fiscal”

A Ministra Cármen Lúcia argumenta que o modelo federativo é a forma estatal mais capacitada a “realizar as pluralidades locais na unidade nacional; todas as entidades se entendendo para o bem dos cidadãos”. A ministra faz uma análise do problema federativo em questão sob a óptica da “guerra fiscal” (BRASIL, 2013a, p. 16).

Como já tratado na seção [2.4.1](#), a guerra fiscal é decorrente do desequilíbrio entre as competências constitucionais para execução de serviços públicos e a concentração de recursos em poder da União. Em 2015, o senador Renan Calheiros defendeu esse ponto de vista e sustentou que a solução para esse problema passa por uma reforma tributária ampla (CONTEXTO, 2015, p. 8). No entanto, a alteração do regime de repartição de *royalties* e PE não tem relação carnal com essa guerra.

Conforme tratado em [3.2](#), *royalties* e PE são receitas patrimoniais, de natureza não-tributária. Deve-se considerar, nesta discussão, o caráter transitório dos *royalties*, visto que são remunerações decorrentes da exploração de um bem não-renovável que, em última instância, não estará disponível em algum momento futuro, ainda que desconhecido.

Bercovici (2011, p. 29-33) mostra preocupação com os problemas políticos relacionados com as rendas obtidas com o petróleo. A disponibilidade dessas rendas pode levar à utilização oportunista, quando deveriam ser destinadas a projetos de longo prazo. O autor também associa a exploração do petróleo à “Maldição dos Recursos”. Segundo essa teoria, países com abundância de recursos minerais tendem a ter desempenho econômico inferior aos demais, visto que esses recursos elevam a renda nacional, mas causam retração econômica de outros setores, além de favorecer processos político-econômicos com efeitos deletérios.

A arrecadação maciça das rendas petrolíferas resulta no desestímulo à diversificação das atividades econômicas locais e no desinteresse arrecadatário, cuja tributação é substituída por isenções fiscais, como é o caso típico do Estado do Rio de Janeiro. A prática de conceder incentivos fiscais, com pouca ou nenhuma racionalidade, acaba fragilizando a arrecadação tributária (REIS, 2017, p. 218-220).

Gobetti (2011, p. 34) mostra que, entre 2002 e 2010, os dez maiores municípios beneficiários de *royalties* no Rio de Janeiro direcionaram os aumentos advindos dessas receitas preferencialmente para despesas de pessoal e custeio. Segundo o autor, esse é o comportamento típico de autônias “petrorentistas”, caracterizando-se o efeito da “Maldição dos Recursos” nesses municípios.

Fernandes (2016, p. 185-186) aponta algumas causas para a “Maldição dos Recursos”, dentre as quais destacam-se duas que se adequam à realidade brasileira. A primeira é a inexistência de diversidade de fontes tributárias, de modo que a fonte primordial de receitas consiste das rendas petrolíferas. No caso brasileiro, não é necessariamente a falta de fontes tributárias diversas, mas a insuficiência de recursos delas derivadas para a consecução dos fins constitucionais. O segundo destaque é a utilização dos *royalties* em despesas correntes, o que contribui para a piora do gasto público, visto que, após o esgotamento dos recursos e, conseqüentemente, dos *royalties*, não será mais possível mantê-los no mesmo nível.

Rubinstein (2013, p. 34-35) sugere antídotos à “Maldição dos Recursos”. Dentre esses remédios, estaria a criação de uma poupança com parte dos *royalties*, em vez de destiná-los

totalmente a gastos públicos, e o estímulo ao desenvolvimento de políticas públicas de longo prazo, representando oportunidade de desenvolvimento socioeconômico.

Scaff (2013) alerta que a citada guerra fiscal é praticada regularmente por Estados produtores de óleo e gás. O autor destaca que esses Estados não se incomodam em renunciar o ICMS, receita própria que deve ser repartida entre os seus Municípios e é vinculada, em grande parte, à execução de serviços públicos de saúde e educação. No entanto, os entes estaduais brigam pela manutenção de *royalties* e PE, receitas transferidas da União, mas que dispensam partilha entre os Municípios e vinculação a determinada despesa. O autor conclui que a celeuma sobre a repartição dessas participações é parte de um problema maior, o qual somente é solucionável mediante uma reforma fiscal que envolva a atribuição de competências e o rateio de recursos e por meio da reforma tributária.

A literatura discutida dá indícios de que as participações governamentais decorrentes da exploração de petróleo e gás não se confundem com tributos não somente em sua natureza, mas também em sua aplicação e destinação. Com base nesse aspecto, não faz sentido analisar a questão dos *royalties* sob uma perspectiva tributária e financeira de curto prazo, como exposto pelo Estado do Rio de Janeiro na exordial, mas na sua destinação visando à superação do esgotamento dos recursos no longo prazo. Dito desse modo, a questão tangencia o fenômeno da guerra fiscal, tampouco se caracteriza como uma questão nuclear do federalismo fiscal, como decidido pela Min. Cármen Lúcia, de modo que a nova divisão dos *royalties* introduzida pela Lei nº 12.734/2012 não pode ser declarada ofensiva nem ao federalismo brasileiro nem ao pacto federativo.

A decisão sustenta, também, que o regime jurídico constitucional dos *royalties* “acomoda-se a modelo tributário, que fixa orientação diversa para Estados titulares desse direito (previsto no § 1º do art. 20) e para aqueles que com tais recursos não podem contar.” Dito dessa forma, a ministra acolheu a tese da inicial de que a Lei nº 12.734/2012 alterou a sistemática forjada pelo constituinte originário, segundo a qual a destinação dos *royalties* aos Estados produtores serve como compensação pela arrecadação do ICMS sobre petróleo e gás natural nos Estados de destino, nos termos da al. ‘b’, inc. X, § 2º, do art. 155, da CRFB/1988⁵¹

⁵¹ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

[...]

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

[...]

(BRASIL, 2013a, p. 22). Essa tese está associada, em certa medida, à natureza indenizatória dos *royalties* defendida pelo Rio de Janeiro.

De acordo com Torquato (2013), essa argumentação surgiu quando o então Min. Nelson Jobim, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.312-1/DF, ressaltou a existência de um acordo político naquela Assembleia envolvendo *royalties* e ICMS, *in verbis*:

Então, qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí por que preciso ler o § 1º do Art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição 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. (BRASIL, 2003a, p. 359)

Torquato (2013) afirma que a decisão de Nelson Jobim se fundamenta em duas premissas falsas. A autora rebate a afirmação de que o ICMS teria sido usurpado dos Estados produtores, visto que, antes de 1988, a instituição do imposto sobre petróleo era de competência exclusiva da União, ou seja, não é possível perder o nunca se teve. Outro equívoco destacado pela autora diz respeito à afirmação de que os *royalties* foram criados em 1988. Os *royalties*, assim denominados, foram criados pela Lei nº 2.004/1953⁵² e não tinham a função compensatória pela perda de arrecadação. A CRFB/1988 constitucionalizou um instituto que só tinha previsão no plano infraconstitucional.

A interpretação histórica, utilizada como argumento em defesa da inconstitucionalidade de trechos da Lei nº 12.734/2012, não pode desconsiderar eventual incompatibilidade entre a realidade do período em que a norma foi criada e o momento de análise daquela norma. No caso dos *royalties*, o contexto tecnológico, econômico e social de 2012 é muito diferente do existente entre 1987 e 1988. As rendas obtidas com *royalties* naquele período eram insignificantes em relação à arrecadação da União e dos Estados produtores, bem como não havia qualquer indício que essa arrecadação fosse aumentar no curto prazo. Esses aspectos não

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

X – não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (BRASIL, 1988)

⁵² Ver seção [3.1.1](#) para maiores detalhes.

levaram ao aprofundamento da questão, desconsiderando, por exemplo, a discussão sobre a lógica em indenizar Estados e Municípios em virtude de danos causados pela exploração em alto-mar (AFONSO; GOBETTI, 2008, p. 237-238).

Afonso e Gobetti (2008, p. 239) mostram que entre 2000 e 2007, os *royalties offshore* tiveram um incremento de 979 milhões para 6,578 bilhões de reais anuais. Já a participação especial saltou de 1,039 bilhão para 7,178 bilhões de reais no mesmo período. Por outro lado, os *royalties onshore* apresentaram pouca variação: saíram de 889 milhões de reais em 2000, chegaram ao mínimo de 748 milhões em 2003, alcançaram o máximo de 1,095 bilhão em 2006, e fecharam a série no valor de 906 milhões de reais no ano de 2007.

O aumento da importância das rendas petrolíferas talvez tenha sido a motivação da apresentação do Projeto de Lei nº 1.618/2003 (PL 1.618/2003) pelo então deputado Mauro Passos, de Santa Catarina. O projeto partia do princípio de que os *royalties* são compensação financeira fundados no critério da territorialidade, de modo que as participações sobre a exploração terrestre eram devidas aos entes produtores. Por outro lado, os recursos decorrentes da produção marítima, dado que o petróleo é bem da União, deveriam ser distribuídos equitativamente entre todos os entes. O PL 1.618/2003 propunha que os *royalties* decorrentes da produção marítima fossem repartidos entre: **i)** parte a MCT, MME, MMA e Ministério da Defesa, **ii)** parte a fundo destinado a Estados e Municípios afetados, e **iii)** outra parte a fundo destinado a Estados e Municípios não afetados. O projeto foi declarado prejudicado em virtude da aprovação do PL 2.565/2011, que resultou na Lei nº 12.734/2012, mas demonstra que a necessidade de alterações legislativas era bem anterior à aprovação desta Lei (BRASIL, 2003b, p. 2003).

A produção de óleo e gás na camada do pré-sal alterou ainda mais o panorama de pagamento das participações governamentais. Somente no primeiro trimestre de 2021, foi distribuído o total de 6,8 bilhões de reais em *royalties*, o que representa 262 % da distribuição trimestral média em 2007. Os valores pagos a título de PE totalizaram 9,14 bilhões de reais no primeiro trimestre deste ano, representando 409 % da média trimestral de 2007 (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2021b).

É possível fazer a associação de alguns aspectos aos dados reportados: **i)** a exploração em terra era a principal fonte de *royalties* em 1987, enquanto a produção em alto-mar ainda era incipiente, **ii)** não existia a participação especial, a qual somente foi criada em 1997 pela Lei do

Petróleo⁵³, e **iii**) a produção de óleo e gás na camada do pré-sal incrementou o pagamento de *royalties* e PE substancialmente. Os aspectos observados levam à constatação de que o panorama de 2012 e a realidade atual são tão distintos daquele vivido no final da década de 1980 que se torna inviável considerar o contexto político-social do período como referencial histórico de interpretação.

Reis (2017, p. 220-221) argumenta que a vontade do constituinte originário não pode se sobrepor à função dinâmica da interpretação constitucional. A autora defende que a interpretação histórica não permite extrair conclusões em relação às intenções do legislador no que diz respeito à sua interpretação da norma no futuro, que pode se materializar de uma maneira não imaginada pelo legislador no momento da sua elaboração. A questão dos *royalties* do petróleo representa, pois, o problema destacado pela autora: será que o constituinte originário mais otimista imaginou o aumento da relevância dos *royalties* para a federação brasileira vinte anos adiante? A resposta negativa parece ter maior coerência lógica e intelectual.

Serra (2005, p. 197-198) defende que a compensação ocorre de modo sutil, colocando-a de outra forma. De acordo com o autor, caso a repartição estivesse estruturada com base em outros critérios, os Estados produtores poderiam ser grandes defensores de uma reforma tributária. Adicionalmente, o autor busca entender as motivações políticas e econômicas para o pagamento de *royalties* aos Municípios, visto que os repasses desses valores constituem parte da receita estadual.

Reis (2017, p. 224-226) analisa criticamente a interpretação histórica que busca sustentar a divisão dos *royalties* em vigor. A relação entre o rateio das participações governamentais sobre petróleo e gás natural e o regime do ICMS sobre esses recursos constituiu um acordo político, mas fundado no desconhecido da exuberância que esses recursos viriam a ter. Esse acordo possui valor histórico, mas deve ser considerado fora do mundo jurídico, pois a aprovação do texto legal-constitucional resulta em fechar-se “em relação ao ambiente político, devendo a interpretação a esses instrumentos normativos dá-se conforme os conceitos, categorias e classificações próprias do Direito.”

A tese sustentada por Iaci Pelaes dos Reis não significa afirmar que o texto normativo é fechado em si, devendo ser interpretado desconexo da realidade. Pelo contrário: a Constituição

⁵³ Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. ([Vide Lei nº 10.261, de 2001](#)) (BRASIL, 1997).

deve ser interpretada com base em elementos presentes no sistema jurídico a fim de produzir os melhores resultados sociais. Essa é a função da “interpretação constitucional como concretização construtiva”, conforme defendido por Luís Roberto Barroso. Segundo o autor, “A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade *concretizadora* – *i.e.*, uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e *construtiva*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.” (BARROSO, 2018).

As discussões ocorridas na ANC/1987 proporcionam o conhecimento de outros aspectos relevantes em 1987 também relacionados à sistemática do ICMS. O constituinte Luiz Salomão, do Rio de Janeiro, defendeu que deveria ficar a cargo do Senado Federal estabelecer a alíquota zero do Imposto de Circulação de Mercadorias (ICM)⁵⁴ e a não taxação dos Estados consumidores na comercialização de petróleo pelos Estados produtores. Segundo o constituinte, o Senado é o “fórum próprio para o estabelecimento dessas alíquotas, porque nele a Federação estará representada de forma equilibrada, balanceando os interesses das várias regiões e Unidades Federativas.”, o que está de acordo com a função constitucional dessa Casa, com base na teoria do federalismo (BRASIL, 1987a, p. 83-84).

O constituinte José Serra encaminhou contrariamente à proposta de Luiz Salomão. Aquele político defendeu a imunidade dessas operações interestaduais sobre tais produtos justamente para proteger a federação brasileira, como se percebe do trecho extraído a seguir:

Esse inciso diz que as alíquotas interestaduais do ICM que incidem sobre energia elétrica, petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos, ou seja, as taxas dos impostos interestaduais sobre esses produtos que vão de um Estado para outro deverão ser zero. Entendemos, na Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, e desde a época da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas, que era fundamental não deixar a cargo do Senado a fixação das alíquotas. Por quê? Porque se trata de um assunto cujo potencial de conflito político pode chegar a uma dimensão capaz de ameaçar inclusive a própria estabilidade da Federação. Por quê? Porque hoje não existe de um Estado para outro exportação de impostos, de energia elétrica e de combustíveis e lubrificantes. A localização de fontes produtoras de energia elétrica ou de refinarias de petróleo obedeceu, em grande medida, a uma distribuição de recursos naturais ou a uma política de localização de refinarias. Há Estados que praticamente não têm nem refinarias, nem produção de energia elétrica.

[...]

Dir-se-á que o Senado levará esse fator em conta no futuro. Acontece que o processo de fixação dessas alíquotas interestaduais vai envolver uma negociação política no Senado e, fatalmente, criar-se-ão pressões e

⁵⁴ O ICM, tributo federal, se transformou, com a promulgação da CRFB/1988, no ICMS, tributo estadual / distrital.

resistências muito fortes nessa ocasião. Estaremos introduzindo um elemento de conflito, com um potencial de instabilidade brutal no País. [...] Agora, pode-se imaginar o conflito que ocorrerá no futuro para se localizar uma refinaria, se ela implicar exportação de impostos! Isso não é possível. Temos, então, de evitar esse problema pela raiz, estabelecendo na Constituição ser zero a alíquota interestadual para produtos estratégicos como combustíveis e todos os derivados de petróleo e energia elétrica. Temos de fixar a alíquota zero já na Constituição, para matar na raiz um instrumento potencial de conflito para a Federação, em nosso País. (BRASIL, 1987a, p. 84)

Denota-se, da defesa exposta por José Serra, que o constituinte originário reputou como basilar à manutenção do pacto federativo brasileiro a imunidade relativa ao ICMS das operações interestaduais de petróleo. O constituinte, no entanto, tratou de maneira diversa acerca do regime jurídico dos *royalties* sobre óleo e gás, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a definição da forma de repartição dos *royalties*. A decisão pode ter ocorrido nesse sentido por entender o constituinte que a repartição dos *royalties* entre os entes federativos tem menor relevância para a manutenção do pacto federativo em comparação com a sistemática do ICMS sobre petróleo e gás. Analisando-se por outro ângulo, o constituinte pode ter entendido que a temática da distribuição dos *royalties* não precisava da segurança intrínseca do texto constitucional, bastando o processo de aprovação de lei ordinária para regular a matéria.

Em mais um aspecto relevante na associação entre repartição de *royalties* e arrecadação do ICMS, Serra (2005, p. 192-193) contextualiza a transformação tributária ocorrida em 1987. O ICMS resultou da transformação do ICM e da incorporação de outros impostos em sua base de cálculo, dentre os quais o Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis (IULC). O princípio regente seria a tributação do consumo nas relações interestaduais e destinadas ao exterior no destino. A constitucionalização sustentou-se, no entanto, na tributação na origem, tornando o princípio do destino exceção à regra, restringindo-o às operações interestaduais envolvendo eletricidade e petróleo e gás.

Em sua exposição no âmbito da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas da Assembleia Nacional Constituinte, o professor de Direito Financeiro da Universidade de Brasília, Doutor Osiris de Azevedo Lopes Filho, segue a linha de argumentação de Rodrigo Serra, alertando para a ineficiência de um imposto nos moldes do ICMS sobre petróleo e gás natural sob a competência dos Estados, conforme se verifica na transcrição a seguir:

Então, não vejo por que não se manter esses impostos na competência da União, até porque eles se referem a insumos estratégicos: energia elétrica, combustível e lubrificantes e minerais têm que envolver políticas nacionais e, por isso, devem ficar na competência da União. A tendência no federalismo, hoje, se V. Ex^{as} examinarem o caso da Austrália, dos Estados Unidos,

principalmente em face da crise de exploração de petróleo no Alasca, é de retirar o disciplinamento dos recursos naturais do nível estadual e jogar para a União, exatamente porque ela tem a visão de todo o conjunto do País. E a grande deficiência de se fundir num imposto como o IVA. imposto sobre Minerais é exatamente porque há uma tendência de se estabelecer o critério de tributação no destino, à maneira da Comunidade Econômica Européia. Ao se fazer isso, vai-se penalizar os Estados produtores de recursos minerais que têm riquezas minerais. Por quê? Na tributação, normalmente o mineral - extraído num determinado Estado não é lá consumido, não entra no processo de industrialização neste Estado: vai para um Estado central do Brasil, basicamente para São Paulo. Se a tributação é no destino, realmente não vai ficar resíduo nenhum para o Estado detentor desses recursos minerais. Daí eu considerar que é um atraso, um apeio à novidade irrefletida, postular-se que esses impostos únicos, de fácil captação e administração, passem a compor a matéria tributária de um imposto como o IVA ou o imposto Sobre Bens e Serviços, da competência estadual. (BRASIL, 1987b, p. 155)

O professor destaca que a tributação desses bens estratégicos deveria se manter na competência da União, tendo em vista a sua importância em políticas nacionais. Ele destaca, também, que a tributação por meio de um imposto como o ICMS ocorre, em regra, no destino. Essa técnica de tributação é recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sendo, inclusive, a postura adotada pelo Brasil no comércio internacional, visto que não incidem o ICMS, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) nas exportações brasileiras. A tendência é de que o Brasil adote a tributação no destino em todas as operações interestaduais, pois é mais justo que os Estados consumidores, que custeiam o imposto, desfrutem dos benefícios da sua arrecadação (DERZI, 2020, p. 16-17).

Observa-se que é um contrassenso considerar que as participações governamentais distribuídas a Estados produtores e confrontantes tenham a função de compensar a perda da arrecadação do ICMS na origem, imposto que, em regra, já não lhes seria de direito do ponto vista técnico.

O elemento histórico da interpretação constitucional não se mostra adequado para definir se a distribuição dos *royalties* aos Estados produtores resulta de um acordo político para compensar a cobrança do ICMS sobre gás natural e petróleo pelos Estados de destino. A interpretação amparada na vontade do legislador de 1987 resulta numa análise distorcida da realidade atual, tendo em vista que os fatos novos ocorridos ao longo do tempo, destacando-se o aumento da produção marítima e a descoberta do pré-sal, eram inimagináveis e imprevisíveis até então.

As argumentações trazidas deixam explícito, adicionalmente, que o cerne do problema não está na repartição de participações sobre petróleo entre os entes federativos brasileiros, mas na estruturação tributária constitucional equivocada e em desacordo com a melhor técnica doutrinária difundida nacional e internacionalmente. Desse modo, reitera-se o entendimento exposto quando se discutiu o fenômeno da guerra fiscal, segundo o qual a distribuição de *royalties* estabelecida pela Lei nº 12.734/2012 não é inconstitucional nem ofende o pacto federativo.

4.1.3 Perspectivas em relação ao julgamento da ADI 4.917

O julgamento da ADI 4.917 foi incluso, inicialmente, na pauta de julgamento pelo plenário do STF em 20 de novembro de 2019. A ação foi retirada da pauta em atendimento a pedido feito pelo autor, a fim de aguardar obter uma solução consensual entre os entes federados acerca da divisão dos *royalties*, respeitados os limites constitucionais. Novamente inclusa na pauta do dia 29 de abril de 2020, a ADI 4.917 foi posteriormente retirada a pedido do autor, em virtude das circunstâncias excepcionais causadas pela pandemia da covid-19. Por fim, após ser pautada para o dia 03 de dezembro de 2020, foi mais uma vez adiada pelo Min. Luiz Fux, após pedido do autor para o envio da ação para o Centro de Mediação e Conciliação do STF (CMC/STF). Desde então, a ação não foi pautada novamente, restando pendente de decisão pelo pleno da Corte (TRINDADE, 2020).

Os ministros do STF têm à disposição argumentos doutrinários e jurisprudenciais suficientes para decidir, de forma devidamente fundamentada, pela procedência ou pela improcedência da ADI 4.917, ou seja, pela defesa do pagamento de *royalties* somente aos entes produtores ou da sua divisão entre todos os entes. Os membros do Tribunal devem considerar alguns aspectos importantes, como as motivações políticas para mudança das legislativas, as consequências socioeconômicas causadas pela manutenção ou pela alteração das regras de distribuição e a busca por uma decisão que atenda às necessidades humanas e sociais básicas na maior medida possível. (LYRIO, 2016, p. 79).

Rubinstein (2012, p. 125-133) apresenta os seguintes argumentos em defesa da repartição exclusiva entre os entes produtores: **i)** perda de riqueza territorial, **ii)** compensação de danos ambientais e sociais, e **iii)** reembolso de custos de infraestrutura. De acordo com a primeira justificativa, sustentada unicamente no critério territorial, os entes produtores alegam terem direito aos *royalties* como forma de devolução de parte de riqueza extraída dos seus territórios. Os *royalties* seriam, com base na segunda justificativa, compensações por danos ambientais durante todo o período de exploração do minério e por danos sociais causados pela atividade,

mediante a exposição das comunidades locais à favelização, ao aumento do custo de vida e à valorização de imóveis. Por fim, os *royalties* também se prestariam a reembolsar custos realizados pelo poder público com infraestrutura, para atendimento à atividade, e com serviços públicos de saúde, educação, segurança pública e saneamento básico destinados à população. No que diz respeito à última justificativa, o autor ressalta que esses custos podem se expandir para outros locais onde não ocorre diretamente essa exploração, de modo que o critério territorial se mostra falho para sustentar a repartição dessas participações unicamente entre produtores.

A argumentação pela manutenção do *status quo* baseia-se, sobretudo, na adoção de um critério territorial segundo o qual os *royalties* têm a função de compensar os entes produtores, confrontantes ou afetados por danos sociais e ambientais decorrentes da exploração ou pela perda de um bem que não pertence aos entes subnacionais. Conforme discutido neste trabalho, a natureza meramente compensatória baseada na territorialidade não é apta para justificar a sistemática legislativa de distribuição de *royalties* vigente.

Flávio Rubinstein apresenta argumentos para a divisão entre dos *royalties* entre todos os entes federativos, os quais estão relacionados aos seguintes aspectos: **i)** coesão política, **ii)** equalização fiscal, **iii)** igualdade de oportunidades, e **iv)** redistribuição de riquezas.

Os *royalties* de petróleo e gás natural têm fundamental importância para minorar conflitos em federações com grande desigualdade socioeconômica entre os seus entes subnacionais. Esses conflitos podem ser ainda piores em países em que existe uma concentração dos recursos em determinadas regiões do país, como no caso brasileiro, em que as maiores reservas estão concentradas no mar territorial confrontante dos Estados oceânicos do Sudeste. A solução passa pela distribuição desses recursos entre os entes com base em critérios justos, contexto em que o poder central faça a intermediação dos conflitos entre produtores e não produtores (RUBINSTEIN, 2012, p. 134-138).

As participações governamentais podem ser utilizadas na redução das diferenças fiscais entre os entes, por meio de transferências entre os vários níveis federativos. Esse instituto, conhecido como equalização fiscal, está relacionado, em uma de suas vertentes, com a redistribuição de *royalties* para regiões economicamente incapazes de atrair investimentos e mão-de-obra. A incapacidade decorre justamente da concessão de isenções fiscais por grandes arrecadadores de participações governamentais sobre petróleo e gás natural, gerando fluxos de investimentos e de trabalhadores para estes locais. Nesse ponto, é importante lembrar a crítica feita na seção [4.1.2](#), de que a repartição dos *royalties* não está no cerne do problema federativo,

mas nas regras tributárias definidas pelo texto constitucional (RUBINSTEIN, 2012, p. 139-145).

A igualdade de oportunidades está vinculada à solidariedade, sendo de grande importância no debate sobre *royalties* porque está associada à prestação de serviços públicos pelos entes federativos. Segundo essa argumentação, todos os cidadãos deveriam ter acesso a serviços públicos em um nível mínimo, não podendo ser penalizados pelo fato de viverem em locais com elevado custo de vida ou com poucos recursos. Os *royalties*, nesse sentido, possibilitariam que todos os cidadãos tivessem acesso a serviços públicos de mesmo nível de qualidade, independentemente do poder econômico do ente federativo em que estivesse (RUBINSTEIN, 2012, p. 150-151).

Os *royalties* seriam utilizados como meio de redistribuição de riquezas, sendo aplicados em políticas nacionais para reduzir as desigualdades de renda entre Estados e Municípios, contribuindo para o desenvolvimento social e econômico do país. Essa teoria é alvo de críticas, dentre as quais a possibilidade de distribuição de riquezas para pessoas com boas condições financeiras que vivem em localidades pobres. Em que pese as críticas, esse método de redistribuição se ampara na necessidade de redução das desigualdades regionais e da pobreza, assim como no aspecto solidário que deve reger as relações intergovernamentais no Brasil (RUBINSTEIN, 2012, p. 152-155).

Com base no todo exposto neste trabalho, propõe-se uma solução jurídica ao problema, a qual não tem, entretanto, a pretensão de se tornar um referencial teórico-doutrinário acerca do tema. A proposta assume alguns pressupostos com base na teoria pesquisada, sob o risco de propor uma decisão igualmente conflituosa e que não se amolde aos ditames constitucionais. Em que pese a petição inicial não tenha pedido a impugnação, visto ter permanecido inalterada pela Lei nº 12.734/2012, a distribuição dos *royalties* terrestres será analisada à luz da teoria, principalmente por servir de referencial para ressaltar a diferença existente entre estes e os *royalties* marítimos.

As participações governamentais terrestres assumem natureza notadamente compensatória, com vistas à indenização dos danos ambientais potenciais inerentes à exploração de petróleo e gás. Nesse caso, é irrelevante diferenciar *royalty* e de PE, em virtude da participação reduzida desta na composição total das participações. Desse modo, propõe-se que os *royalties onshore* sejam repartidos unicamente entre os Estados e os Municípios produtores, pois serem os entes que suportam diretamente os riscos da exploração. Os sinistros que porventura ocorram durante a exploração produzem efeitos notadamente locais, ou seja,

estão restritos ao local da exploração e têm pouca probabilidade de se alastrarem para além dos seus limites territoriais, o que não justificaria a destinação desses recursos pela via legal.

A parcela das participações sobre a exploração terrestre que caberia à União, na condição de proprietária do bem, não se mostra razoável, em comparação com os riscos potenciais da atividade aos entes subnacionais, além de representar reduzida parcela em relação ao montante arrecadado nacionalmente.

Os *royalties* decorrentes da exploração marítima, por outro lado, merecem uma solução em outro sentido, tendo em vista a grande quantia das rendas geradas dessa produção, especialmente na camada do pré-sal em alto-mar. A manutenção das regras atuais acaba por ferir a isonomia entre os entes federativos, ao gerar uma desigualdade com base em um critério injusto. Nesse sentido, a proposta deve estar voltada à consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, sobretudo a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e inter-regionais. A concentração desses recursos configura um privilégio aos entes produtores, os quais estão próximos das reservas de petróleo por acaso da natureza (BERCOVICI, 2011, p. 344).

A distribuição dos recursos entre todos os entes federativos é uma resposta ao princípio da solidariedade que rege o federalismo cooperativo brasileiro, como discutido na seção [2.4.2](#). Os entes federativos brasileiros devem agir em cooperação para a redução das desigualdades regionais, de modo que a autonomia e as competências para a elaboração de políticas sociais não sejam mero texto vazio da Constituição, mas que sejam implementadas em benefício do seu destinatário: o povo brasileiro. Nas palavras de Reis (2017, p. 248), “Para ser bem ajustada, essa sociedade necessita de ser norteada por princípios de justiça social, pois sem esse regramento a injustiça na partilha dos benefícios é inevitável”.

As rendas geradas pelos *royalties* derivam da exploração de um bem comum finito. Nesse sentido, surge a ideia de “justiça intergeracional”, que se baseia na transformação de uma renda, inicialmente finita, visto que vinculada a um recurso finito, em rendas renováveis, a fim de manter um padrão de vida digno às futuras gerações que não tenham acesso ao petróleo (SERRA, 2005, p. 67).

A prática internacional permite concluir que as participações petrolíferas, além de exercerem os papéis de redutor de desigualdades e de alavancagem socioeconômica, também têm sido destinadas à estabilização dessas receitas no curto prazo e à formação de uma poupança com essas receitas para as gerações futuras. Os fundos de estabilização reduzem os

impactos negativos das variações na arrecadação de *royalties* e exercem importante papel de controle inflacionário. Os fundos de poupança estão relacionados com a ideia da justiça intergeracional e ao pagamento das despesas associadas ao envelhecimento populacional (RUBINSTEIN, 2013, p. 233-242).

O Fundo Social foi criado pela Lei nº 12.351/2010 com o objetivo de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento regional e para a redução da pobreza, além de exercer o duplo papel de fundo de estabilização e de fundo de poupança⁵⁵. As restrições impostas pela legislação para a sua utilização de modo corrente demonstram a sua destinação ao benefício das futuras gerações, em clara preocupação com ideia de justiça intergeracional (FERNANDES, 2014, p. 186-187).

A avaliação das participações decorrentes da exploração no mar deve considerar a diferença existente entre *royalties* e PE. Os *royalties offshore* são devidos à União, como compensação pela exploração de um bem de sua propriedade, bem como aos Estados e aos Municípios confrontantes e afetados, em menor grau, tendo em vista o potencial lesivo dessa exploração em alto-mar, ainda que de menor expressão quando comparado com a exploração em terra. Adicionalmente, em que pese, por exemplo, a ocorrência de vazamento no oceano poder atingir regiões costeiras de Estados não confrontantes, esses entes não devem fazer jus ao recebimento desses *royalties*. Desse modo, é razoável defender a manutenção da distribuição de *royalties* com base na sistemática anterior à estabelecida pela lei impugnada; decisão em sentido diverso configura-se inconstitucional, por desrespeitar a natureza eminentemente compensatória dessa categoria de participações aos entes diretamente impactados pela exploração.

A repartição da participação especial deve seguir raciocínio parcialmente diferente. A União e os entes subnacionais confrontantes e afetados recebem segundo a mesma lógica dos *royalties offshore*. No entanto, diferentemente dos *royalties*, a substancialidade que os valores de PE representam do montante de participações governamentais arrecadado resulta em

⁵⁵ Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o **desenvolvimento social e regional**, na forma de programas e projetos nas áreas de **combate à pobreza e de desenvolvimento**:

[...]

Art. 48. O FS tem por objetivos:

I - **constituir poupança** pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União;

II - **oferecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional**, na forma prevista no art. 47; e

III - **mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional**, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis. (BRASIL, 2012, grifo nosso)

superconcentração territorial, o que se mostra incompatível com a natureza compensatória que justifica o recebimento dos *royalties*. Os demais entes federativos têm direito, portanto, a parcela da PE na condição de participação no resultado da exploração, visto que não estão submetidos à perda de uma riqueza própria e nem estão sujeitos aos riscos da atividade. Essa distribuição obedece, portanto, ao princípio da solidariedade, corolário do federalismo cooperativo brasileiro, sem ofender o pacto federativo. Uma decisão em sentido oposto reputa-se por inconstitucional, visto que desrespeita esses mandamentos constitucionais.

Por fim, e talvez mais importante, é a divisão dos *royalties* da camada do pré-sal, disciplinada pela Lei nº 12.351/2010. A sua distribuição deve ocorrer entre todos os entes federativos indistintamente, acompanhando a fundamentação referente à PE. Adicione-se a esta fundamentação a importância de prover recursos ao Fundo Social, que possui relevância para a estabilização econômica e para a formação de uma poupança que visa à redução de desigualdades regionais, que busca a distribuição de riquezas e que demonstra preocupação com justiça intergeracional.

O estudo realizado neste trabalho aponta que a distribuição estabelecida pela Lei nº 12.734/2012 tende a ser: **i) inconstitucional** em relação aos *royalties* de que trata o inc. II, art. 48, e inc. II, art. 49, da Lei nº 9.478/1997, **ii) constitucional** em relação à PE de que trata o art. 50 dessa lei, e **iii) constitucional** em relação aos *royalties* de que trata o art. 42 da Lei nº 12.351/2010.

Por fim, é digna de elogio e prova de amadurecimento democrático a busca por mediação ou conciliação, podendo se mostrar o melhor caminho para, se não resolver totalmente, reduzir a disputa entre os entes federativos pelas participações governamentais sobre petróleo e gás natural. Muitas vezes, a resposta a um problema jurídico pela via judicial limita-se a produzir efeitos somente no mundo jurídico, sem resultar, necessariamente, na resolução da querela que motivou a propositura da ação no plano sociopolítico.

A discussão sobre a divisão de *royalties* entre os entes federativos brasileiros é um problema surgido no mundo político, mas que repercutiu na instância jurídica. Dessa forma, a solução desse problema mediante um acordo político entre os envolvidos, respeitando a normatividade constitucional, tem grande potencial de sucesso, resultando no maior equilíbrio de forças no já combalido federalismo brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As participações governamentais sobre a exploração de petróleo e gás natural, com destaque para os *royalties* e a participação especial, alcançaram papel relevante na política social e econômica brasileira ao longo dos anos, especialmente a partir de 1988, com a previsão constitucional da natureza jurídica e dos beneficiários das participações.

A explosão das verbas do petróleo, sobretudo com a exploração na camada do pré-sal, colocou Estados e Municípios produtores, confrontantes e afetados, nos termos da lei, e os demais em lados opostos na disputa por essas rendas. O resultado dessa disputa é a aprovação da Lei nº 12.734/2012, que estabeleceu a repartição das participações entre todos os entes federativos.

A mencionada lei tornou-se objeto da ADI 4.917, na qual a Min. Cármen Lúcia suspendeu os seus efeitos em sede de liminar, acolhendo a tese do Rio de Janeiro de quebra do pacto federativo originário. Aquele Estado alega a descon sideração da natureza compensatória das participações governamentais e o desrespeito da sistemática constitucional segundo a qual os *royalties* são compensação aos Estados produtores pela perda do ICMS sobre petróleo e gás natural.

Os estudos realizados nesta pesquisa identificaram alguns aspectos relevantes do federalismo cooperativo brasileiro. Os entes federativos brasileiros devem agir em cooperação para o alcance dos objetivos da República, especialmente para a redução das desigualdades regionais e para a erradicação da pobreza.

A natureza jurídica dos *royalties* prevista pela CRFB/1988 possui caráter híbrido, ao assumir feição de participação nos resultados e de compensação financeiras pela exploração do petróleo. O critério territorial utilizado para justificar a divisão dos *royalties* entre os entes federativos não se alinha completamente ao disposto na Constituição, pois privilegia determinados entes federativos em detrimento dos demais. O modelo de distribuição vigente antes da aprovação da Lei nº 12.734/2012 causa superconcentração de recursos e descon sidera o direito dos entes não-produtores ao seu recebimento a título de participação nos resultados da exploração.

A repartição dos *royalties* estabelecida pela lei impugnada não viola a estruturação constitucional segundo a qual o regramento disposto no § 1º, art. 20, da CRFB/1988 se propõe a compensar os Estados produtores de óleo e gás pela perda de arrecadação do ICMS, conforme disposto na al. 'b', inc. X, § 2º, do art. 155 constitucional. O aumento substancial das receitas

sobre petróleo, não previsto pelo constituinte, impede considerar a vontade do legislador originário na formação de juízo atualmente, sob pena de resultar em decisão injusta.

As perspectivas em relação ao julgamento da ADI 4.917 são no sentido de que o plenário decida em direção ao cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades regionais e a erradicação da pobreza, conforme disposto nos inc. II e III, art. 3º, da CRFB/1988.

O alcance desses objetivos ocorre por meio de uma decisão híbrida, conforme sugerido. Os dispositivos que determinam a distribuição dos *royalties* a todos os entes, em desfavor de produtores, confrontantes e afetados, são reputados inconstitucionais, por desconsiderarem a sua natureza compensatória. Por outro lado, os dispositivos que determinam a repartição da PE e dos *royalties* de partilha a todos os entes são constitucionais, de modo a privilegiar o cumprimento dos objetivos da República, conforme discutido.

Por fim, cumpre salientar que a integridade do federalismo brasileiro não parece ser o centro da discussão sobre a distribuição dos *royalties* proposta pelo Rio de Janeiro acerca legislação novel. Na verdade, essa discussão parece revestir-se de uma retórica que se sustenta na falta de capacidade financeira para o pleno exercício da autonomia constitucional pelos entes produtores, eclipsando o centro do problema que o legislador ordinário tentou resolver com a Lei nº 12.734/2012: a redução de desigualdades regionais no país, a erradicação da pobreza e o estabelecimento de mecanismos de estabilização econômica e de poupança intergeracional, conforme disposição do Fundo Social.

6 REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBETTI, Sérgio Wulff. Rendas do petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 30, p. 231-270, 2008. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/926>. Acesso em: 06 mar. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Brasil bate recordes em arrecadação de royalties e participação especial de petróleo e gás**. Rio de Janeiro, 2021b. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/brasil-bate-recordes-em-arrecadacao-de-royalties-e-participacao-especial-de-petroleo-e-gas. Acesso em: 17 mai. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Gás natural**. Rio de Janeiro, 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/producao-de-derivados-de-petroleo-e-processamento-de-gas-natural/processamento-de-gas-natural/gas-natural>. Acesso em: 29 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Painel dinâmico de produção de petróleo e gás natural**. Rio de Janeiro, 2021a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNzVmNzI1MzQtNTY1NC00ZGVhLTk5N2ItNzBkMDNhY2IxZTIxIiwidCI6IjQ0OTlmNGZmLTl0YTtytNGI0Mi1iN2VmLTExNGFmY2FkYzIxMyJ9>. Acesso em: 03 mar. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Participação especial**. Rio de Janeiro, 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/royalties-e-outras-participacoes/participacao-especial>. Acesso em: 02 mai. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Petróleo e derivados**. Rio de Janeiro, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/producao-de-derivados-de-petroleo-e-processamento-de-gas-natural/producao-de-derivados-de-petroleo-e-processamento-de-gas-natural/petroleo-e-derivados>. Acesso em: 28 abr. 2021.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. Os royalties do petróleo e a impossibilidade de sua partilha igualitária entre os entes federativos. **Revista de Finanças Públicas, Tributação**

e **Desenvolvimento – RFPTD**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-23, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/5127>. Acesso em: 03 mai. 2021.

ALVES, Victor Rafael Fernandes. **Aplicação dos royalties de petróleo e a garantia constitucional do desenvolvimento sustentável**. 2012. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/13948>. Acesso em: 05 mai. 2021.

ARRETCHE, Marta Tereza da Silva. Políticas sociais no Brasil: descentralização em um estado federativo. **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 111-141, 1999. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-69091999000200009&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 18 abr. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder. A institucionalização do Estado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 23, n. 90, p. 5-34, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181714>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Intervenção federal e intervenção estadual no estado federal. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 93-107.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de *royalties* do petróleo. **Revista de direito da procuradoria geral**, Rio de Janeiro, ed. especial, 2013. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzU1MQ%2C%2C>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de direito sanitário**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81291>. Acesso em: 20 abr. 2021.

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

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. O federalismo dualista e competitivo: a concepção norte-americana e suas possíveis influências no modelo brasileiro. **Revista brasileira de estudos**

políticos, Belo Horizonte, n. 98, p. 159-174, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/18154>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Organização do estado. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 801-870.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Petição: 3.077/2014**. Brasília, 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5244147&prcID=4379376&ad=s#>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (suplemento “C”)**. Brasília: Senado Federal, 1987a. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas. **Anais do Senado Federal (ata das comissões)**. Brasília: Senado Federal, 1987b. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/5a_Subcomissao_De_Tributos,_Participacao_E_Distribuicao_De_Receitas.pdf. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.618, de 05 de agosto de 2003**. Regulamenta a distribuição dos recursos financeiros provenientes da compensação financeira pela exploração de petróleo ou gás natural na plataforma continental. Brasília: Câmara dos Deputados, [2003b]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=151862&filename=PL+1618/2003. Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Petição: 13.693/2013**. Brasília, 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562121&prcID=4379376&ad=s#>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Petição: 65.324/2013**. Brasília, 2013d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5090652&prcID=4379376&ad=s#>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, [1824]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, [1891]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889**. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. Rio de Janeiro: Governo Provisório da República, [1889]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d0001.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 366, de 11 de abril de 1938**. Incorpora ao Código de Minas, decreto n. 24.642, de 10 de julho de 1934, novo título, em que se institue o regime Legal das jazidas de petróleo e gases naturais, inclusive os gases raros. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1938a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0366.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938**. Declara de utilidade pública e regula a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, no território nacional, e bem assim a indústria da refinação de petróleo importado em produzido no país, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1938b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0395.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.236, de 7 de maio de 1941**. Institue o regime legal das jazidas de petróleo e gases naturais, de rochas betuminosas e piro-betuminosas e dá outras providências. Rio de Janeiro: Senado Federal, [1941]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/528323/publicacao/15709942>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953.** Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htmimprensa.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986.** Estabelece normas complementares para a execução do disposto no art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17525.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.** Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm#art62. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Petição: 65.451/2013.** Rio de Janeiro, 2013c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5101334&prcID=4379376&ad=s#>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Petição: 22.657/2014.** Brasília, 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=295725189&prcID=4379376&ad=s#>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 228.800/DF.** Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes

federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90). 1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. 2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de “participação no produto da exploração” dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 25 de setembro de 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101401/false>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 543.943/PR**. [...] distinção necessária que se impõe, para esse efeito, entre o estado federal brasileiro (expressão institucional da comunidade jurídica total), que detém “o monopólio da personalidade internacional”, e a união, pessoa jurídica de direito público interno (que se qualifica, nessa condição, como simples comunidade parcial de caráter central).....[...]. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de novembro de 2010a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur187553/false>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Min. Cármen Lúcia). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos da Lei n. 9.478/1997 e da Lei n. 12.351/2010 alterados pela lei n. 12.734/2012. Mudanças das regras de distribuição de royalties e participações especiais de estados e municípios: alegação de desobediência ao art. 20, § 1º combinado com a al. b do inc. II do § 2º do art. 155 da Constituição da República. Impugnação retroação de efeitos da nova legislação em inobservância a atos jurídicos perfeitos e ao princípio da segurança jurídica. Plausibilidade jurídica demonstrada. Excepcional urgência configurada a impor deferimento cautelar *ad referendum* do plenário. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 18 de março de 2013a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho322195/false>. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Min. Marco Aurélio). **Recurso Extraordinário 662.518/MS**. Decisão recurso extraordinário – compensação financeira – exploração de petróleo, gás natural, recursos hídricos e minerais – natureza indenizatória – provimento. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho591845/false>. Acesso em: 04 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.024/DF**. [...] argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a “forma federativa do Estado” (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais

ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo.....[...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 03 de maio de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89658/false>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.846/ES**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito financeiro. Federalismo fiscal. Estado patrimonial. Royalties. Regime constitucional. Participação especial. Compensação financeira pela exploração de recursos minerais – CFEM. Receita pública não tributária. Receitas originárias da união. Receitas transferidas aos estados e municípios. Estados e municípios produtores e confrontantes. Rateio federativo. Lei federal e ordinária. Artigo 20, parágrafo único, da constituição da república. 1. Os royalties possuem natureza jurídica de receita transferida não tributária de cunho originário emanada da exploração econômica do patrimônio público, afastada sua caracterização seja como tributo, seja como indenização. Precedente: RE 228.800, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16.11.2011. 2. Os royalties são receitas originárias da União, tendo em vista a propriedade federal dos recursos minerais, e obrigatoriamente transferidas aos Estados e Municípios.....[...]. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419131/false>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 24.312-1/DF**. Mandado de segurança. Ato concreto. Cabimento. Exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural. Participação, em seu resultado, dos estados, distrito federal e municípios. Constituição federal, art. 20, § 1º. Competência do tribunal de contas do estado do Rio de Janeiro para a fiscalização da aplicação dos recursos oriundos desta exploração no território fluminense.....[...]. Relatora: Min. Ellen Grace, 19 de fevereiro de 2003a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96647/false>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Segundo Agravo Regimental na Ação Cível Originária 1.295/SP**. [...] não incluiu os litígios e as causas envolvendo municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 14 de outubro de 2010b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur185595/false>. Acesso em: 17 abr. 2021.

CAVALCANTI, Caio César Torres. **A natureza jurídica dos royalties do petróleo**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/35135>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CONTEXTO: o roteiro do novo pacto. **Em Discussão!: revista de audiências públicas do Senado Federal**. Brasília, ano 6, n. 26, p. 26, set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/pacto-federativo/@@images/arquivo_pdf/. Acesso em: 05 mar. 2021.

CRUZ, Rosana Evangelista da. **Pacto federativo e financiamento da educação: a função supletiva e redistributiva da União - o FNDE em destaque**. 2009. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-11122009-101928/pt-br.php>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. 1. ed. São Paulo: Editora Ática, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. O princípio federativo e a questão dos royalties do petróleo: breves reflexões críticas. *In*: SOARES, Fabiana de Menezes *et al.* (coords.). **Perspectivas para o desenvolvimento: práticas, leis e políticas**. Belo Horizonte: Initia Via, 2020. p. 12-47.

DIAS, Jefferson Aparecido. Federalismo e o direito de secessão. **Migalhas**, São Paulo, 23 mai. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/federalismo-a-brasileira/280588/federalismo-e-o-direito-de-secessao>. Acesso em: 17 abr. 2021.

ELAZAR, Daniel Judah. **Exploring federalism**, Tuscaloosa: University Alabama Press, 2014. *E-book*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1787)]. **The Constitution of the United States of America**. Washington, D.C.: Office of the Secretary of the Senate, 1994. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Direito financeiro aplicado ao setor do petróleo**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22082014-092712/pt-br.php>. Acesso em: 01 mai. 2021.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria**, 1. ed. São Paulo: Blucher, 2016. *E-book*. Disponível em:

<https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/royalties-do-petroleo-e-orcamento-publico-uma-nova-teoria-1234>. Acesso em: 07 mar. 2021.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Federalismo fiscal e petróleo no Brasil e no mundo. **Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada - Brasília**, Rio de Janeiro: IPEA, 2011. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10874. Acesso em: 06 mai. 2021.

LECKRONE, J. Wesley. American federalism in practice: intergovernmental cooperative tension. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 436-456.

LYRIO, Mariana Borges Frizzera Paiva. **Limites da doutrina jurídica constitucional brasileira para analisar a distribuição dos royalties do petróleo**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/19377>. Acesso em: 20 mai. 2021.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**, 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Marcos. Federalismo fiscal. *In*: AVARTE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (orgs.). **Economia do setor público no Brasil**. 10. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 419-461.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Monica Bonetti. O federalismo brasileiro. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 491-500.

MORAES, Guilherme Peña de. Tipos de estado federal. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 108-120.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

PINTO, Tainá Rodrigues Gomide Souza. **A governança da política municipal de saúde e as demandas municipais no contexto da coordenação federativa**. 2018. Tese (Doutorado em Administração) – Centro de Pós-graduação e Pesquisa em Administração, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B3EMLG>. Acesso em: 19 abr. 2021.

PRÉ-SAL PETRÓLEO. **O pré-sal**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.presalpetroleo.gov.br/ppsa/o-pre-sal/caracteristicas>. Acesso em: 10 mai. 2021.

QUINTILIANO, Leonardo David. **Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/pt-br.php>. Acesso em: 16 abr. 2021.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Composição da federação brasileira. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 84-92.

REIS, Iaci Pelaes dos. **Justiça distributiva e federalismo cooperativo: igualdade federativa como critério norteador para promover partilha de royalties petrolíferos do pré-sal**. 2017. Tese (Doutorado em Direito e Justiça) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-ASWK9S>. Acesso em: 20 abr. 2021.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **A revolução federalista e o ideário parlamentarista**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-085452/pt-br.php>. Acesso em: 13 abr. 2021.

RIKER, William H. Federalism. *In*: GREESTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. **Handbook of political science**. Massachussets: Addison-Wesley Publishing Company, 1975. v. 5, p. 93-172.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Petição: 11.551/2013**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3511887&prcID=4379376&ad=s#>. Acesso em: 11 mai. 2021.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; BASTOS, Romeu Costa Ribeiro. Da confederação à federação. A trajetória da fundação dos Estados Unidos da América. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 46-59.

RUBINSTEIN, Flávio. **Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27082013-113220/pt-br.php>. Acesso em: 29 jan. 2021.

SANTOS NETO, Manoel Pereira dos. **Manual de direito do petróleo: uma visão jurídica do ouro negro no Brasil**, 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da organização do estado e da repartição de competências. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

SCAFF, Fernando Facury. Os royalties do petróleo, o STF e a Federação. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 26 mar. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-26/contas-vista-questao-royalties-leva-debate-federalismo-stf>. Acesso em: 16 mai. 2021.

SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Princípios, elementos e conceito do estado federal. *In*: RAMOS, Dirceô Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 67-83.

SERRA, Rodrigo Valente. **Contribuições para o debate acerca da repartição dos royalties petrolíferos no Brasil**. 2005. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/285446>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVA, Almiro do Couto e. Comentários ao art. 20 da Constituição Federal. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUSA, Karla Cristina Silva; CASTRO, Alda Maria Duarte Araújo. Federalismo cooperativo e Plano de Ações Articuladas (PAR) – Algumas aproximações teóricas. **Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 97, p. 874-896, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362017000400874&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 19 abr. 2021.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, n. 24, p. 105-121, 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782005000100008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 19 abr. 2021.

SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: Processo Decisório, Conflitos e Alianças. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000300003&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 13 abr. 2021.

TAVARES, André Ramos. O federalismo social. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.). **O federalista atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 237-248.

TEIXEIRA, José Candido. Manifesto de 1870. In: TEIXEIRA, José Candido. **A Republica brasileira: a última propaganda, apontamentos para a história, datas gloriosas, factos memoráveis**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890. p. 45-59. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185599>. Acesso em: 11 abr. 2021.

TORQUATO, Andressa Guimarães. Royalty do petróleo não é compensação por ICMS. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 12 jan. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-12/andressa-torquato-royalty-petroleo-nao-compensacao-icms-destino>. Acesso em: 17 mai. 2021.

TRINDADE, Naira. STF adia julgamento sobre royalties de petróleo. **O globo**, Rio de Janeiro, 04 nov. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/stf-adia-julgamento-sobre-royalties-de-petroleo-24729498>. Acesso em: 07 mar. 2021.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-085452/pt-br.php>. Acesso em: 13 abr. 2021.