

ROYALTIES: COMPETÊNCIA DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS PARA FISCALIZAR ESTAS RECEITAS

DERANCE AMARAL ROLIM

Especialista em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis pela Universidade Potiguar (UnP). Auditor Fiscal do Estado do Rio Grande do Norte.

E-mail: derance@gmail.com

Resumo

Este trabalho estuda a competência prevista no Ordenamento Jurídico pátrio para o exercício da fiscalização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios sobre as receitas oriundas da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais em seus territórios. Aborda os aspectos jurídicos trazidos pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4606) sobre a Lei do Estado da Bahia e do Decreto que a regulamenta, que versam sobre o controle, a fiscalização e a arrecadação dos Royalties devidos àquele Estado. Sobrepuja princípios, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais como fundamento ao exercício da fiscalização dos Royalties pelos Entes Federativos. Imprime ligeira análise sobre a receita pública e enquadra os Royalties como receita patrimonial-originária. Conclui pelo total acolhimento da competência dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios em editarem Leis para a fiscalização e gestão dos Royalties, tendo em vista a natureza jurídica desta receita.

Palavras-chave: *Royalties*. Participações e Compensações Financeiras. Competências Constitucionais. Receitas Originárias.

ROYALTIES: COMPETENCIA DE LOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL Y MUNICIPIOS DE MONITOR DE ESTAS RECETAS

Abstract

Estudia la competencia prevista en el Sistema Jurídico Patrio para el ejercicio de la fiscalización por los Estados, Distrito Federal y Municipios en respecto de los ingresos provenientes de la exploración del petróleo o gas natural, los recursos hídricos para fines de generación de energía eléctrica y otros recursos minerales en sus territorios. Aborda los aspectos legales traídos por la ADI 4606 acerca de la ley del Estado de Bahía y el Decreto que la regula, que discurre sobre el control, fiscalización y recaudación de los Royalties debidos a ese Estado. Sobrepuja principios, dispositivos constitucionales y infra constitucional como fundamento al ejercicio de la fiscalización plena por los Entes Federativos sobre las participaciones y compensación financiera que les son debidas. Imprime análisis rápido acerca de la hacienda pública y encuadra las participaciones y compensación financiera – Royalties – en la hacienda patrimonial-originaria. Concluye para el abrigo total de la competencia de los Estados, del Distrito Federal y Municipio en editaren Leyes para la fiscalización y gestión de los Royalties, debido a la naturaleza legal de esta hacienda.

Palabras clave: *Royalties*. Participaciones y Compensaciones Financieras. Competencias Constitucionales. Ingresos Originales.

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado, neste artigo, trata da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para fiscalizar as receitas de Royalties – compensação e participação financeira - oriundas da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais em seus territórios, nos termos do §1º, do art. 20, da Constituição Federal.

Objetiva-se, aqui, debater os principais questionamentos aduzidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4606), ajuizada pela Presidência da República, por intermédio da Advocacia Geral da União, em face da Lei 10.850 de 06 de dezembro de 2007, e do Decreto que a regulamenta, editados pelo Estado da Bahia, os quais o instrumentalizam para o exercício da fiscalização sobre os Royalties; encargo atribuído à Secretaria da Fazenda daquele Estado, em virtude da ocorrência de atividade exploratória de minérios ou de aproveitamento dos recursos hídricos para efeito de geração de energia elétrica no seu território.

Acoimam os subscreventes da indigitada Ação que os diplomas legais editados usurpam a competência da União em legislar privativamente sobre águas, minerais e energia, por disciplinarem o uso e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica e dos recursos minerais existentes no território nacional, além de versar sobre a propriedade dos bens e do regime de exploração.

As questões jurídicas suscitadas na ADI 4606 sobrepujaram análises do ponto de vista de alguns institutos do Direito Constitucional, Tributário e Financeiro, além de impingirem breve abordagem ao Direito Administrativo, ante a relação inerente que o tema esboça junto à Administração Pública. O caráter interdisciplinar que este breve estudo acolheu suscitou pesquisas na produção doutrinária consentânea, assim como impulsionou vasta consulta na jurisprudência pátria, haja vista a escassez literária acerca do tema.

2 ROYALTIES

2.1 CONCEITO

Etimologicamente, a expressão Royalties é de origem anglo-saxônica, a qual significa aquilo relativo ao rei ou realza. Em base histórica, compreendia uma compensação, ou, do que se podia deduzir, uma contraprestação paga pelo terceiro ao “El-Rei” pelo uso ou exploração de bens sob seu domínio. Nesse aspecto, os bens objetos desta relação eram de diversas naturezas, tais como: recursos minerais, uso da água, de madeira, outros recursos naturais, além de materiais utilizáveis para produção agrícola.

Essa palavra já se encontra dicionarizada na língua portuguesa. Em Houaiss - Dicionário da Língua Portuguesa -, o termo Royalty é classificado como substantivo masculino, concebendo plural: Royalties. Nele, Royalty significa: “parte do lucro ou comissão paga ao detentor de um direito qualquer” (HOUAISS; VILLAR, 2003, p. 462). Já o Aurélio lhe destina o seguinte significado: “importância cobrada pelo proprietário de uma patente para permitir seu uso ou comercialização” (FERREIRA, 2010, p. 676).

Em relação à abordagem conceitual da expressão Royalties aqui delineada, iremos nos deter aos aspectos gerais enquanto receita pública, pelo que exclui a pretensão de sua completude. Concorre para isso o fato de que o sentido da expressão Royalties, objeto deste trabalho, estende-se em sua tradicional referência, que lhe é imputada no mundo social, político e cultural cotidiano. Entretanto, jamais a abduzindo do contexto dogmático jurídico, no qual, está inserida essa receita, como elemento fundamental nos esclarecimentos aqui trazidos.

No âmbito das relações jurídicas exclusivamente de direito privado, o termo Royalties também é designado para se referir a uma compensação devida ao detentor de riqueza econômica disponível ao uso por outrem. Naturalmente, advém de contrato firmado entre as partes, cujo objeto pode ser de variadas naturezas, no qual, o “quantum” devido é fixado em comum acordo pelas partes envolvidas.

Entretanto, o alcance do conceito de Royalties, a servir a este breve estudo, restringe-se a valores devidos pelos agentes econômicos – concessionários – pela atividade exploratória e de aproveitamento de bens e recursos naturais públicos, nos termos da legislação que o regulamenta.

Não obstante as vicissitudes historicamente havidas quanto à concepção de sua natureza, os Royalties foram, e ainda são, concebidos, na legislação nacional, como compensação financeira ou como participação em resultado. Conquanto essas e outras designações são utilizadas para se referirem ao pagamento devido por terceiros, na condição de concessionários, à entidade pública beneficiária, em virtude do aproveitamento econômico de recursos naturais públicos.

2.2 PREVISÃO ATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

A legislação nacional vigente, que versa sobre Royalties, é amparada por dispositivo consignado na Lei Fundamental. Este status foi alçando na Carta Política de 1988. Nas Ordens Constitucionais anteriores, essa matéria era reservada apenas à legislação infraconstitucional.

O direito à percepção dos Royalties está previsto na Constituição Federal. É dessa previsão que decorre a legislação infraconstitucional, que regulamenta sua cobrança e ampara as entidades beneficiárias para o exercício da cobrança da com-

pensação e a participação financeira pela lavra mineral e pelo uso de recurso hídrico para fins de geração de energia elétrica, realizados em seus respectivos territórios. Vejamos:

Art. 20. São bens da União:

[...]

§ 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.

A elevação dos Royalties ao ápice do Ordenamento Jurídico Nacional deu-se por uma composição política, na constituinte de 1988, oriunda de discussão empreendida acerca da estrutura do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação (ICMS).

O constituinte, ao fazer a opção por um sistema misto de distribuição da carga tributária decorrente da incidência do ICMS nas operações interestaduais, o qual prevê a partição entre os Estados de origem e os Estados destinatários, esboçou a insurgente discussão sobre as operações que envolviam petróleo e energia, dada a relevância destes produtos na matriz energética nacional e, naturalmente, a notória dependência que assentam no processo de desenvolvimento nacional.

Faz-se oportuno lembrar o voto¹ exarado pelo Ministro Nelson Jobim, ocasião em que, valendo-se da experiência de cons-

tituinte no julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.312-1/ Distrito Federal, no plenário do Supremo Tribunal Federal, discorreu sobre a plataforma de negociação em que se chegou à imunização do ICMS sobre as operações interestaduais com energia elétrica, petróleo e seus derivados, e da contrapartida compensatória traduzida pelos Royalties.

Abstraindo-se da motivação política fomentadora do dispositivo constitucional em comento, como viés de compensação à perda de ICMS a ser experimentada pelos Estados produtores, percebeu-se que o constituinte cuidou em garantir uma compensação ou participação financeira, em virtude da exploração dos bens da União eleitos ao aproveitamento econômico em seus territórios, quais sejam: petróleo e gás natural, recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e outros recursos minerais.

Observa-se, entretanto, no próprio dispositivo constitucional, que a matéria deverá ser regulamentada nos “termos da lei”. Dessa previsão, foram editadas as Leis Federais² 7.990/89, a 8.001/90 e a 9.478/97. Esta última, denominada de Lei do Petróleo.

Já a terminologia “compensação financeira”, prevista no dispositivo constitucional, impõe-se por constituir pagamento dos concessionários aos Estados, Distrito Federal, Municípios e aos órgãos da administração direta da União pela lavra e utilização econômica dos recursos hídricos e minerais no seu respectivo território.

Outro importante aspecto do §1º, do art. 20 da Constituição Federal, o qual merece comentários, é a natureza diferenciada existente entre “participação sobre o resultado” e “compensação financeira”.

1 “Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão na Constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino. A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os Estados do Sul continuavam gratuitamente tributados as poupanças consumidas nos Estados do Norte e do Nordeste. Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica – recursos hídricos – e petróleo. Ocorreu o seguinte: os Estados onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabaria recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e a energia elétrica. O que se fez? Participei disso diretamente, lembro-me que era, na época, o Senador Richard quem defendia os interesses do Estado do Paraná e o Senador Almir Gabriel quem defendia os interesses do Estado do Pará, além do Rio de Janeiro e Sergipe, em relação às plataformas de petróleo. Então, qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí por que preciso ler o § 1º do art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição. O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros Estados – petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica -, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS. Vejam bem, toda a produção de petróleo realizada no Estado do Rio de Janeiro, ou toda a produção de energia elétrica, no Paraná e no Pará, eram decorrentes de investimento da União, porque o monopólio era da União. Toda a arrecadação do País contribuiu para aquela produção. Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos Estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí, criou-se o § 1º do art. 20, dizendo: ‘Art. 20. § 1º. É assegurado, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, - já se falava na possibilidade de criação das agências que poderiam ser financiadas em face da autonomia financeira - ‘participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica’ - leia-se ITAIPU, que estava na base da discussão no Paraná - ‘e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva,’ - que eram as plataformas de petróleo de Sergipe - ‘ou compensação financeira para essa exploração’. Então, Ministra Ellen, estou tentando recompor a questão histórica, com isto, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convênio, ao Estado: é uma receita originária dos Estados, face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS. Essa a origem do problema.” MS 24.312/DF.STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86118>. Acesso em: 12 de out. 2011;

2 Lei 7.990/89: Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva [...]. Lei 8.001/90: Define os percentuais da distribuição da compensação financeira de que trata a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989 [...]. Lei 9.478/97: 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.

A Lei Federal 7.990/89, em seu art. 6^o, ao regulamentar o disposto no §1º do art. 20 da Constituição Federal, quando do estabelecimento de percentuais a serem aplicados sobre a receita líquida decorrente do faturamento da venda do resultado da lavra, imputa-lhe natureza de participação financeira, e não de compensação.

Em seu voto, consignado no Recurso Extraordinário 228.800-5/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) alude à matéria com a propriedade que lhe é peculiar:

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

E segue:

Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6º da Lei 7.990-89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento. Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira “participação nos resultados” da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de “compensação financeira” pela mesma exploração – outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição [...]

É pujante acatar o generoso alcance que o constituinte imputou aos institutos da compensação e da participação, consignados no §1º, do art. 20 da Constituição Federal. Muito embora o texto constitucional designe como financeira apenas a compensação, não se pode conceber à participação outro entendimento, senão o de possuir, também, natureza financeira, pois a legislação infraconstitucional vigente, ao tratar da matéria, regulamenta-a de forma que o valor a ser pago é, também, de expressão monetária.

Nesta esteira, convém ressaltar o dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o tema:

Participação ou Compensação. O direito constitucional anterior não se preocupava com a questão. A norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um prejuízo decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação nos benefícios. Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integra o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição de prejuízo (FERREIRA FILHO, 1990, p. 154).

Nesse apanhado, um tanto mais aguçado, o eminente doutrinador arremata a questão, diferenciando a participação da compensação, por entender que aquela enseja mais do que uma contraprestação ao prejuízo; sinaliza que a participação se traduz em benefícios.

Amparando-se em mesma base de fundamentos, poder-se-ia, também, projetar essa asserção para acolher o disposto na Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), especificamente, em seu art. 45⁴, o qual institui as chamadas Participações Governamentais sobre a exploração de petróleo e gás natural sem qualquer prejuízo na essência dos conceitos até então já consignados.

Entretanto, não nos é autorizado prescindir do devido cuidado que devemos nos cercar quando da identificação da natureza jurídica de cada Participação Governamental instituída pelo legislador ordinário. Por outro lado, cabe-nos resguardar o foco proposto neste estudo, limitando-se às consignadas no inc. II e III do art. 45 da Lei 9.478/97, que tratam dos *Royalties* e da Participação Especial, respectivamente, por serem participações sobre as quais os Estados, Distrito Federal e Municípios possuem percentuais.

Os *Royalties* e a Participação Especial, embora tenham núcleos de incidência diferenciados, na verdade, possuem a mesma natureza, qual seja, de compensação e participação financeira. Os *Royalties*, conforme previstos na Lei do Petróleo, possuem alíquota de 10%, sendo os primeiros 5% calculados sob a égide da Lei 7.990/89, e o restante, na forma como está especificado na Lei do Petróleo.

Já a Participação Especial retrata a obrigatoriedade de pagamento para os casos de grande volume de produção ou grande rentabilidade; é, por natureza, uma compensação financeira de caráter extraordinário. A Lei do Petróleo foi regulamentada

3 Lei 7.990/89. Art. 6º A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial. (grifo nosso).

4 Lei 9.478/97. Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação: I - bônus de assinatura; II - royalties; III - participação especial; IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

pelo Decreto 2.705/98⁵, pelo que, assim, definiu a Participação Governamental em comento: “[...] constitui compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade [...]”. De efeito, a Participação Especial incidente sobre a lavra do petróleo e gás natural sub-roga-se ao conceito genérico de *Royalties* aqui apresentado, pelo qual sempre será mencionada.

Resta-nos abordar a concretude do caráter indenizatório que a própria legislação chegou a empregar aos *Royalties*. A Lei 2.004/53⁶ previa, no seu art. 27, que a Petrobrás e suas subsidiárias ficavam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios, onde ocorresse a lavra de petróleo e gás, o percentual de 5% sobre o valor do produto da extração, a título de indenização. Nesta esteira, o art. 1º da Lei 7.454/85⁷ revogou o art. 27 da Lei 2.004/53 e manteve, em sua redação, o caráter indenizatório.

Revela-se imperioso frisar a razoabilidade aplicada pelo constituinte, quando da redação dada ao tema dos *Royalties* na Constituição de 1988. Acreditamos que o texto redigido teve como escopo não repetir a incorreção que a legislação anterior persistia em manter. Assim, não cremos ter os *Royalties* caráter indenizatório.

Embora convictos que a compensação financeira e a participação sobre o resultado do aproveitamento econômico de minérios e de recursos hídricos possuam caráter contraprestacional - resguardadas as diferenças já aludidas alhures -, não nos parece, repise-se, que estes institutos tratem de indenização.

Trazendo a análise sob a ótica dada pelo Código Civil Brasileiro - Lei 10.406-02, art. 944⁸ - quando expressamente dispõe sobre a matéria, vê-se, de pronto, que os *Royalties* não têm a natureza indenizatória. Ora, se assim o fosse, não haveria viabilidade econômica para o aproveitamento dos bens da União disponíveis ao aproveitamento econômico, quando exercido na forma indireta por terceiro concessionário, admitindo

que este teria que recompor aquela pela apropriação do produto da exploração. De efeito, destoaria, inclusive, do preceito consignado no art. 176 da Constituição Federal, que garante ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Ressalte-se, por oportuno, que a legislação ordinária que institui os elementos constitutivos da base de cálculo para efeito de pagamento dos *Royalties* não propõe nenhum vínculo objetivo, além de não apregoar proporcionalidade com qualquer medida que mensure a extensão do dano ocasionado pela atividade exploratória.

Por fim, vê-se, seguramente, afastada a caracterização de que os *Royalties* devidos são pagos como propósito de res-tabelecer o status quo ante. Da exegese aplicada às leis que estabelecem os percentuais devidos aos Entes Públicos beneficiários, ultima-se por concluir que, pelas ordens de grandezas ali exaradas, não se trata de indenização.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RECEITA DE ROYALTIES

O texto constitucional assegura aos Estados, Distrito Federal e Municípios, além de órgãos da administração direta da União - §1º, do art. 20 da Constituição Federal -, compensação e participação financeira sobre a lavra e sobre o aproveitamento econômico dos recursos naturais que especifica. Ressalva, entretanto, o mesmo dispositivo, que deverá ser observada a Lei.

De efeito, a Lei 7.990/89 foi editada com o fito de regular o dispositivo constitucional. Em seu texto, foram estabelecidos os percentuais de participação das entidades públicas beneficiárias. Além do mais, regra que o pagamento devido pelos concessionários seja efetivado diretamente⁹ ao beneficiário dos *Royalties*.

Mas, para tanto, impera, como pressuposto prático da aplicabilidade da norma, a decisão política para que se dê o aproveitamento econômico dos bens públicos, que deverá ser submetido ao rigoroso e regrado processo. Os bens públicos

5 Decreto 2.705/98: Define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e dá outras providências

6 Lei 2.004/53. Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído 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, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, obedecidos os seguintes critérios:

7 Art. 1º. O artigo 27 e seus parágrafos da Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953, alterada pela Lei nº 3.257, de 02 de setembro de 1957, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo.

8 Lei 10.406/02. Código Civil Brasileiro. Art. 944 A indenização mede-se pela extensão do dano.

9 Lei 7.990/89. Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal. (grifo nosso)

eleitos são expressamente mencionados no próprio dispositivo constitucional – Art. 20, §1º, da Constituição Federal: “§ 1º -[...]da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais[...]”(grifo nosso).

Seguramente, a decisão política sobre a exploração econômica dos bens em destaque não poderá advir dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo em vista tratar-se de bens da União, consoante o art. 20, V, VIII e IX, da Constituição Federal¹⁰.

Sob a ótica da Ordem Econômica Constitucional, nossa Carta Magna, em seu art. 176¹¹, assegura à União a propriedade sobre as jazidas minerais e dos potenciais de energia hidráulica e destaca a dicotomia: solo e subsolo, além de garantir ao concessionário o produto da lavra.

A norma constitucional destacada no parágrafo anterior, irrefreavelmente, certifica a tutela da União sobre os potenciais de energia hidráulica e recursos minerais. Depreende-se, também, pelo amparo do §2º¹² do mesmo artigo, que o proprietário do solo também terá participação no resultado da lavra, consoante a Lei.

Adverte-se, então, que o legislador ordinário, ao discorrer sobre os elementos constitutivos da receita apregoada no artigo 20, §1º da Constituição Federal, abalizou toda a regulamentação em consonância aos princípios informadores da autonomia federativa, pois, de outro modo, comprometeria a coluna vital de todo Sistema Federativo.

Nesse pórtico, ao estabelecer os percentuais destinados aos Entes Federativos beneficiários, forma de pagamento e o próprio fato gerador da receita, conforme os dispositivos consignados nos diplomas já anteriormente apontados, o legislador ordinário imprimiu harmonia e coerência aos princípios constitucionais consentâneos. Consagrou não haver qualquer vínculo de subordinação ou dependência entre os Entes Federativos, ainda que os *Royalties* decorram de um processo de exploração ou aproveitamento econômico de bens da União.

Incontestavelmente, a União detém o domínio sobre os minérios e recursos hídricos, assim como, também, não se contesta que os valores assegurados pelo §1º, do art. 20 da Constituição Federal são receitas dos Entes Federados beneficiários.

A compensação e a participação financeira prevista no §1º, do art. 20 da Constituição Federal é a tradução, a termo, da negociação havida na constituinte de 1988, conforme consig-

nado no voto relativo ao Mandado de Segurança nº. 24.312-1, do Ministro Nelson Jobim, que, pela sua pertinência, cabe-nos repisar aquilo que importa:

[...] Então, Ministra Ellen, estou tentando recompor a questão histórica, com isto, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convênio, ao Estado; é uma receita originária dos Estados, face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS. Essa a origem do problema [...]. (grifo nosso)

Sob essa ótica, se os Estados e o Distrito Federal se abstinham de cobrar o ICMS nas operações interestaduais com o petróleo e seus derivados e sobre a energia elétrica produzida em seu território, equitativo seria assegurar uma contrapartida à perda de receita do ICMS, e que, de preferência, fosse recomposta por outra receita sobre a qual os Estados e o Distrito Federal exercitariam sua autonomia financeira, conferida pela Constituição Federal, resguardada a regulamentação trazida pelas Leis Federais que instituíram seus elementos constitutivos.

Nesse diapasão, a compensação e a participação financeira – *Royalties* – são receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Assim, derroca-se, inclusive, a ideia de que os *Royalties* sejam transferências constitucionais ou legais da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, mesmo porque o art. 8º, da lei 7.990/89 impõe, taxativamente, que o pagamento seja feito diretamente ao Ente beneficiário.

Nesse contexto, cabe trazer à baila a definição dada por João Angélico:

Receita patrimonial e receita industrial são as que resultam de ação direta do Estado na exploração de atividades comerciais, industriais, agropecuárias, bem como das rendas obtidas na aplicação de fundos de inversões financeiras, ou de produto da venda de bens da propriedade do Estado são receitas originárias (ANGÉLICO, 1994, p. 45).

Desse conceito, logo se abebera que, para auferir tais receitas, o Estado não se impõe revestido de poder estatal, que lhe é inerente. Ou seja, não se projetou sobre o patrimônio do particular, imbuído com seu poder de império, para angariá-las, como é próprio do exercício arrecadatório das receitas de natureza tributária. Vemos que, no caso das receitas pa-

10 Constituição Federal. Art. 20. São bens da União:...V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva:...IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

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

12 Constituição Federal. Art. 176...§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

trimoniais, o Estado, facultativamente, buscou, nas atividades contratuais e de cunho privado, receitas de caráter originário. Portanto, pode-se deduzir que as receitas originárias são receitas de natureza facultativa e contratual.

Nessa esteira, não há como contrapor os fundamentos já apresentados até então, de que os Royalties – compensações e participações financeiras – são receitas originárias.

3 A REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É assertiva necessária que a repartição de competência pressupõe autonomia. Essa repartição é elemento essencial de toda a estrutura do Federalismo e exterioriza a descentralização política, a qual é o objetivo central do Sistema Federativo. Parafraseando José Afonso da Silva: “esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado Federal” (SILVA, 2006, p. 477).

A repartição de competências é considerada um dos elementos essenciais, por que não dizer, base fundamental para existência do Federalismo. Caracteriza-se por não haver, na sua concepção, hierarquia entre os Entes Federativos, com o escopo de garantir-lhes autonomia. Indiscutível que, dada sua importância, tal direito deverá estar previsto e assegurado na Lei Fundamental de qualquer Estado Federal. Porém, é de se esperar que existam variações na estrutura de atribuição de competências, como de fato têm, entre os diversos modelos de federações constituídas.

O modelo de repartição de competências acolhido na Constituição de 1988 é perceptivelmente complexo, dada sua configuração, que prevê interseção de atribuições entre os Entes Federativos. Nesse diapasão, Fernanda Dias de Menezes expressa, categoricamente, que:

Estruturou-se, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação (ALMEIDA, 2010, p. 58).

É nesta estrutura que se conforma a repartição de competências previstas na Carta política de 1988, na qual, encontram-se, taxativamente, as competências da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, além da criação de uma área comum, pela qual, tanto pode atuar a União como os demais Estados-membros.

A repartição de competências teve como mola mestra o “Princípio da Predominância do Interesse”, ou seja, deste se extrai a orientação geral para se estruturar a repartição de competências, segundo a qual, à União é dada a competência

sobre as matérias de interesse geral; aos Estados, tratar sobre matérias de interesse regional; e, aos Municípios, tratar de matérias de interesse local.

Kildare Gonçalves Carvalho, sobre o tema, assim comenta:

Inicialmente, lembre-se de que o critério próprio para a repartição de competências é o da amplitude do interesse em jogo. À União dirá respeito a tudo quanto concernir ao país em sua totalidade, abrangendo-se, sob este prisma genérico, o âmbito de suas relações internas, e o domínio de suas relações externas. Aos Estados-Membros dirá respeito tudo quanto se vincular a seu próprio território e aos interesses preponderantemente regionais (CARVALHO, 2009, p. 1002).

Entretanto, não há como afastar a premissa de que os interesses envolvidos têm repercussão em todas as esferas. Há quem justifique, inclusive, a propriedade do termo “predominância” com o propósito de não afastar a ideia intrínseca de interesses comuns.

Não obstante a dificuldade, ou a impossibilidade de delinear os contornos palpáveis das atribuições, admite-se que a pretensão da descentralização político-administrativa, trazida no modelo em estudo, é satisfatoriamente adequada.

No dizer de Fernanda Dias de Menezes:

Parece-nos, efetivamente, que a utilização das competências concorrente, como idealizada, atende aos desígnios de se chegar a maior descentralização, sem prejuízo da direção uniforme que se deva imprimir a certas matérias. Numa palavra, o caminho que se preferiu é potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio, que depende, embora, como não se desconhece, também de outras providências. Abrir aos Estados uma esfera de competências legislativas concorrente, em que lhes é facultado, por direito próprio, e dentro dos limites traçados pela Constituição, disciplinar uma série de matérias que antes escapavam de sua órbita de atuação legiferante, significa, por certo, ampliar-lhes os horizontes e incentivar-lhes a criatividade. O mesmo se diga em relação à descentralização de encargos mediante o estabelecimento de uma área de competências comuns, em que da cooperação de todos os integrantes da Federação é que deverá resultar o atendimento das metas objetivadas. (ALMEIDA, 2010, p. 61).

Acrescente-se a observação de que as matérias enquadradas, constitucionalmente, na atividade legislativa concorrente também se caracterizam pela sua irrefutável imprescindibilidade do exercício das atribuições imputadas aos Organismos Federativos.

Da breve análise dos dispositivos que regem as competências dos Entes Federativos, deparamo-nos com o art. 21

da Constituição Federal, no qual, são explicitados os encargos atribuídos à União que, muito embora não constem, expressamente, que lhes são reservados, não decorre outro entendimento, senão, que são atribuições privativas dessa esfera. Manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, por exemplo, não se poderia conceber como atribuição dos Municípios.

Entretanto, algumas, no nosso entendimento, ficariam mais bem amparadas como encargos dos Estados-membros e dos Municípios, tendo em vista à proximidade que os Entes Subnacionais possuem com os destinatários dos serviços estatais: os administrados.

Já o art. 22 da Constituição Federal enumera as competências legislativas privativas da União, conquanto não as esgotem, pois outras previsões se destacam no art. 48.

No art. 23, encontram-se elencadas as competências materiais comuns das entidades federativas. São competências que o constituinte consignou como encargos comuns dos Organismos Federativos. São realizáveis num esforço paralelo e cooperado de forma a garantir o equilíbrio do desenvolvimento econômico como o bem-estar social, conforme previsão do parágrafo único do dispositivo em comento.

Na grade de encargos materiais comuns às três esferas federativas, percebe-se elevado conteúdo de interesse social, tendo o constituinte chamado todos os Organismos Federativos a sua responsabilidade.

Já o art. 24 da Constituição Federal trata da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e Distrito Federal. Esse artigo confere tópico diferenciado da Carta Política de 1988, pelo elevado grau de interação legislativa entre os Entes Federativos, observando-se, por questão de ordem, as regras emanadas pelos parágrafos que se seguem.

Com propriedade, Fernanda Dias de Menezes esclarece:

Cabrá aos Estados, observadas as normas gerais federais, desenvolver toda uma legislação específica sobre temas da maior importância, podendo talvez melhor equacionar problemas sociais graves, mas que não se projetam com a mesma intensidade em todos os lugares e que, por isso mesmo, comportam tratamento diferenciado em atenção às peculiaridades com que se apresentam em cada Estado (ALMEIDA, 2010, p. 127).

Da leitura do art. 24 (caput) observa-se que os Municípios não integram o rol dos Entes Federativos detentores da ati-

vidade legislativa concorrente. Entretanto, ao observamos as espécies consignadas nos incisos I e II, do art. 30¹³ da Constituição Federal, constata-se que é de competência dos Municípios produzir as normas específicas para o atendimento ao seu interesse local, como, também, suplementar a legislação federal e estadual, quando necessário.

O art. 25 da Constituição Federal, especificamente no seu §1^o¹⁴, expressamente estabelece que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal.

Sobre o tema, assim lecionou Kildare Gonçalves Carvalho:

Os Estados federados detêm poderes reservados, ou seja, são-lhes reservadas as competências não vedadas pela Constituição. As competências, portanto, que sobrarem ou remanescerem dos poderes da União e dos Municípios serão de atribuição dos Estados (CARVALHO, 2009, p. 1026).

Por fim, é importante ressaltar que a Constituição de 1988 optou por uma estrutura rígida e atribuição específica da competência tributária a cada esfera federativa, que teve como contra partida a adoção do modelo federalista cooperativo, com a instituição das chamadas “cotas de participação”, as quais estão enumeradas no próprio capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional, sob o subtítulo: Da Repartição das Receitas Tributárias.

4 FISCALIZAÇÃO DOS ROYALTIES

4.1 O EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO À LUZ DA NATUREZA JURÍDICA DA RECEITA

Abordaremos, agora, os aspectos jurídicos das receitas de *Royalties* que, oriundas dos bens objetos susceptíveis de exploração econômica, revelam fundamentos para o efetivo exercício da fiscalização pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios sobre as parcelas lhes asseguradas na Lei Fundamental.

De efeito, é forçoso deduzir que, apesar de oriundas da atividade de natureza privada da União sobre seu próprio patrimônio, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios são asseguradas a participação e a compensação financeira sobre a exploração que ocorrerem em seus territórios, pelo que não descaracteriza a natureza de receita originária

¹³ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.[...]

¹⁴ Constituição Federal. Art. 25...§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

(patrimonial), pertencentes aos beneficiários que hospedam o exercício da atividade econômica, as quais se submetem às normas gerais estabelecidas na Lei 4.320/64.¹⁵

Quando discorremos acerca das competências legislativas concorrentes demarcadas no art. 24, da Constituição Federal, concluímos que, nessa espécie, à União cabe apenas editar normas gerais, e aos Estados e ao Distrito Federal, suplementá-las. Dentre o rol das matérias enumeradas naquele artigo, participa o Direito Financeiro, o qual tem, sob sua tutela, a Lei 4.320/64, que dispõe sobre normas gerais de elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos Entes Federativos.

Tomando como base a premissa de que os *Royalties* são receitas de natureza patrimonial-originária, podemos afirmar que, por assim ser, estão submetidos ao regramento estabelecido pela Lei 4.320/64, a qual introduziu, no Ordenamento Jurídico Pátrio, as normas gerais de Direito Financeiro. Dessa forma, em observância à previsão Constitucional, infere-se que é de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios produzir sua legislação específica, com o fito de regulamentar, sob a égide das normas gerais editadas pela União, os procedimentos de controle interno e externo (assembleia ou câmara municipal) dessas receitas, sem prejuízo da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas do Estado-membro ou órgão equivalente.

Neste pórtico, importa ressaltar que as Leis Federais 7.990/89, 8.001/90 e a 9.478/97, que inauguraram a previsão expressa no §1º do art. 20 da Constituição Federal, fixaram os elementos essenciais específicos referentes às quotas-partes destinadas aos Entes beneficiários. Na Constituição, também, foram previstos fórmula para cálculo, os percentuais da distribuição para cada ente destinatário, prazo de pagamento, entre outras providências.

Portanto, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na produção legislativa específica para fiscalização e controle de suas receitas financeiras, oriundas das atividades exploratórias de recursos naturais em seu território, cabem fiel observância às normas gerais consignadas na Lei 4.320/64 e aos elementos constitutivos instituídos pelas Leis Federais citadas, não podendo, a seu talante, abstrair-se do regramento imposto pelas citadas normas, tendo em vista o caráter geral que elas possuem.

Por decorrência de expressa previsão Constitucional, podemos inferir que, inexistindo qualquer aspecto específico dessas receitas nas normas de caráter geral produzidas pela União, ficam os Estados autorizados a suplementar ou exercer a com-

petência legislativa plena para atender a suas peculiaridades.

Destarte, é de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios a fiscalização de sua quota-parte dos *Royalties*, sem que se submeta a qualquer supressão ou ingerência, seja por parte da União, seja por parte de qualquer outro Ente Federativo, sobre a autonomia atinente aos seus *Royalties*.

O entendimento jurisprudencial acerca do tema segue a mesma esteira. O Mandado de Segurança n.º 24.312/DF, impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em face de ato do Presidente do Tribunal de Contas da União, redundou em reconhecimento, por unanimidade, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, da titularidade dos *Royalties* àquele Estado, sujeitando-se à fiscalização do Tribunal de Contas do próprio Estado fluminense.

Em seu voto, o Ministro Carlos Veloso ressalta: "presente a norma do §1º, do art. 20, o Estado arrecada o que é seu. Desse modo, a competência, no caso, não é do Tribunal de Contas da União". Nesse sentido, no mesmo Mandado de Segurança, assevera o Ministro Marco Aurélio:

Portanto, o numerário pertence ao Estado, que participa, tem aporte de recursos, considerando o §1º do artigo 20 da Constituição Federal. A óptica, sem dúvida, homenageia a autonomia governamental, tão pertinente quando se vive numa federação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA 24.312/DF, 2003).

Desse precedente nativo da mais alta Corte Judiciária do país, torna-se, perfeitamente, defensável que as receitas dos *Royalties*, nas partes que lhes são conferidas, são receitas financeiras próprias dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, cabendo-lhes, exclusivamente, os atos de arrecadação, controle e fiscalização.

Convergindo nesse sentido, a própria Lei 7.990/89 prevê, expressamente, que o pagamento dos *Royalties* seja realizado diretamente aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, conforme se segue:

Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador.[...](Grifo nosso).

15 Lei 4.320/64. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

16 Constituição Federal. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

A compulsoriedade atribuída ao pagamento dos *Royalties* diretamente aos seus beneficiários imprime o sentido lógico de que a receita é dos Organismos Federativos e que é de competência destes, somente destes, o exercício de sua fiscalização.

Portanto, no exercício de sua autonomia, assegurada pela Constituição Federal, os Estados, Distrito Federal e os Municípios organizar-se-ão fundados na atividade legislativa própria, provendo as necessidades do seu governo e de sua administração. No dizer de Fernanda Dias de Menezes “[...] só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo” (ALMEIDA, 2010, p. 81). Essa autonomia se revela pelo efetivo exercício administrativo de arrecadação, controle e fiscalização, os quais devem se desenvolver sobre o concessionário devedor, para asseverar-lhe que a sua parcela compõe-se com retidão.

Assim, é do preceito invocado no art. 176 e do §1º do art. 177 da Constituição Federal¹⁷ que deriva o condão, o qual assevera a condição do concessionário (empresas privadas ou estatais) - titular do contrato de concessão, que lhe outorga o direito da exploração da atividade econômica – de sujeito passivo da relação obrigacional de recolhimento dos *Royalties* aos Entes Federativos beneficiários.

Nesse contexto, a produção legislativa acerca da atividade administrativa de arrecadação, fiscalização e controle das quotas-partes dos *Royalties* – receitas originárias - devidas aos entes beneficiários, é de competência das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais. É importante ressaltar, também, que os questionamentos deduzidos aos exercícios das atividades administrativas acima enumeradas são submetidos à apreciação do Órgão Judiciário dos respectivos Estados.

Por outro lado, não se pode preterir do regramento dado por lei para qualquer exercício da atividade administrativa no âmbito da competência de cada Entidade Federativa. A produção legislativa pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios é imprescindível para o exercício de sua fiscalização sobre suas receitas. É sob a supremacia de um dos Princípios Constitucionais basilares e informadores das atividades administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e demais órgãos da administração

direta e indireta que toda administração pública se vincula: o Princípio da Legalidade.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro (MELLO, 2004, p. 92).

De efeito, é certo que os atos regulamentares de execução da lei devam ser editados pelo poder executivo, porém, adstri-tos ao conteúdo disposto na respectiva lei. Nesse pórtico, Celso Antônio Bandeira de Melo prossegue: “logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja” (MELLO, 2004, p. 93).

Portanto, a produção legislativa e, se for o caso, sua regulamentação, é invocada como pressuposto necessário ao exercício da atividade de fiscalização e controle, a ser dirigida aos concessionários das atividades exploradoras geradoras das receitas dos *Royalties* – receitas originárias – dos Entes Federativos beneficiários. Ou seja, a previsão legal da atividade administrativa de todo Ente Público é condição prévia para o seu efetivo exercício, sob pena de invalidade dos seus atos.

Urge, por fim, indagar sobre a fiscalização e o controle da parcela de *Royalties* prevista no Fundo Especial, instituído pela lei 7.990/89, em seu art. 27, §4º¹⁸, distribuído entre todos os Estados e Municípios, inclusive entre os entes não detentores, em seus territórios, de atividades exploratórias.

As receitas oriundas do Fundo Especial, destinadas a todos os Estados e Municípios, não se subsumem ao disposto no §1º, do art. 20 da Constituição Federal. A compensação e a participação financeira ali previstas são asseguradas aos Entes Federativos, que suportam, em seus territórios, os efeitos da atividade exploratória.

Esse Fundo é formado de parcela específica prevista em

17 Constituição Federal. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

18 Lei 7.990/89. Art. 27...§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal 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 Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas: 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios. (grifo nosso)

lei, paga pelo concessionário, para compor o rol das transferências legais que a União realiza. Ou seja, para todos os beneficiários da receita oriunda deste fundo, trata-se de receita de transferências que advêm de Fundo, por imposição legal. Sendo assim, o controle e a fiscalização destas receitas estão sob a tutela do Tribunal de Contas da União, conforme previsto no inciso IV, art. 253, do seu Regimento Interno¹⁹.

4.2 A ADI 4606

Em maio de 2011, a Presidente da República, representada pela Advocacia Geral da União, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face da lei nº 10.850, de 06 de dezembro de 2007, do Estado da Bahia, a qual disciplina a fiscalização, a arrecadação e o controle das receitas decorrentes da exploração de recursos hídricos e minerais em seu território, e do Decreto nº 11.736 de 30 de setembro de 2009, que a regulamentou.

Argúi, em princípio, intromissão legislativa daquele Estado em matéria de competência privativa da União. Argumenta que a normatização sobre águas, energia, jazidas, minas e outros recursos minerais lhes são matérias reservadas pela Constituição Federal²⁰. Além do mais, destaca a titularidade da União aos recursos minerais, inclusive do subsolo e dos potenciais de energia hidráulica, preceituados, também, na Carta Política de 1988.

Entretanto, ao examinarmos o diploma baiano guerreado, não nos convencemos de que o legislador estadual usurpou as prerrogativas estabelecidas pela Constituição Federal à União, na matéria que tratou. Não implicou querer regulamentar ou regular a atividade econômica exploratória de petróleo, gás natural e outros minérios, além dos recursos hídricos em seu território.

Cumprir mencionar que as atividades econômicas acima apontadas já se deleitam em vasta regulamentação produzida pelo legislador federal. Sua regulamentação também se conforma em diversos atos produzidos (portarias, resoluções, etc), editados pelas Agências Reguladoras da atividade, como a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional de Águas (ANA)

Nesse particular, o que se vê é que a Lei estabeleceu obrigações prestacionais aos sujeitos passivos – concessionários – que importam em informar ao Fisco daquele Estado sobre quantidade de produção; demonstrativos de cálculos; com-

provantes de recolhimento, entre outros, de sorte que dizem respeito a dados para a efetiva fiscalização e controle de suas receitas, tendo em vista que são informações em que se funda o cálculo e, conseqüentemente, o recolhimento dos valores de sua quota-parte.

Importa dizer que se trata do exercício de fiscalização, controle e arrecadação de uma receita que lhe é devida constitucionalmente. O fato da regulamentação e a regulação da atividade econômica desenvolvida pelo concessionário ser de competência da União não tolhe ou afasta a autonomia financeira do Ente beneficiário sobre seus *Royalties*. Dessa autonomia, decorre o exercício de fiscalização e controle sobre sua receita, observando os contornos legais prescritos.

Ressalte-se que os concessionários das atividades exploratórias de petróleo, gás natural e outros minérios, além dos produtores de energia elétrica, são sujeitos passivos na relação jurídico tributária dos tributos incidentes sobre as atividades que desenvolvem, ainda que todas essas atividades sejam matérias de competência legislativa privativa da União, a quem cabe, como já dissemos, a regulamentação e a regulação.

Entretanto, estão os concessionários sujeitos ao cumprimento das obrigações tributárias previstas na legislação específica, sem que caracterize imiscuição de qualquer ente titular de competência tributária na atividade legislativa privativa do Poder Central.

Vejamos, por exemplo, o caso do ICMS. Os concessionários das atividades de exploração e produção de petróleo, gás natural, outros minérios e energia elétrica, ao desenvolverem suas atividades, promovem a circulação dos produtos que exploram e sujeitam-se à incidência do ICMS. Logo, são considerados sujeitos passivos do tributo estadual, ainda que oriundo de uma atividade econômica regulada e regulamentada, privativamente, pela União.

Mesmo assim, esses concessionários, mediante Lei Estadual, estão obrigados a fornecer aos Fiscos estaduais informações acerca de sua produção; movimento econômico relativo às vendas da produção; compras de insumos e materiais diversos; estoques de produção, dentre tantas outras, com o escopo de alimentar a Fazenda Pública Estadual de dados necessários ao devido controle, fiscalização e arrecadação de seu tributo, pelo que não incorrem os Estados em inconstitucionalidade, quando da edição de suas leis e respectivos decretos.

Mister lembrar que tanto a receita dos *Royalties* – receita originária – quanto a receita do ICMS se inserem no campo

¹⁹ Tribunal de Contas da União. Regimento Interno. Art. 253. O Tribunal fiscalizará, na forma estabelecida em ato normativo:[...] IV – o cálculo, a entrega e a aplicação, conforme o caso, de quaisquer recursos repassados pela União por determinação legal a estado, ao Distrito Federal ou a município, consoante dispuser a legislação específica.

²⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:[...] IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

do Direito Financeiro e Tributário, respectivamente, cabendo à União discorrer apenas sobre normas gerais e, aos Estados e Distrito Federal, elaborar suas leis específicas.

O que não se poderia conceber é que o legislativo estadual discorresse, por exemplo, sobre qualquer elemento constitutivo instituído pela Lei Federal que regulamenta a matéria, por se tratar de reserva legal dada ao legislador federal ordinário, conforme consignada no próprio texto do §1º, do art. 20, da Constituição Federal, ou que elaborasse normas de caráter regulatório sobre as atividades econômicas aludidas, cuja competência é legalmente atribuída às Agências Reguladoras.

Voltando ao caso em tese, o legislador baiano se ateve a apontar os Diplomas Legais Federais que instituíram os elementos constitutivos das receitas dos *Royalties*, sem ousar adentrar na matéria ali regulamentada e, sequer, transcrever seu conteúdo. A Lei foi editada em harmonia ao preceito estabelecido pelo Princípio da Legalidade a quem a Administração Pública deve observância.

Ademais, não se restringindo em análise perfunctória, e se projetando aos possíveis efeitos práticos que a Lei e o Decreto do Estado da Bahia podem produzir, não se vislumbra qualquer ameaça à uniformidade de incidência no território nacional, que as Leis Federais que regulamentam a matéria possuem. Repise-se, a Lei baiana não inovou ou produziu normas que importassem em conflito aos dispositivos das Leis Federais.

Não nos convencemos, também, da tese exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, de que o disposto no inciso XI, do art. 23, da Constituição Federal²¹ decorre do direito da participação ou compensação financeira sobre o resultado da exploração assegurada aos entes beneficiários no §1º, do art. 20 da Constituição Federal. Trata-se, ao nosso sentir, dispositivo com propósito diverso do que pretendido na argumentação trazida à baila.

O §1º, do art. 20 da Constituição Federal, esgota-se no seu propósito, quando assegura aos entes hospedeiros da atividade exploratória, nele especificados, a participação ou compensação financeira nos termos da Lei Federal. Esse parágrafo encontra-se consignado no capítulo concernente aos Bens da União.

Já no inciso XI, do art. 23, o constituinte atribui encargo comum às três esferas federativas, com pretensão que não se justifica em mero exercício de fiscalização das receitas apontadas no §1º, do art. 20 da Constituição Federal. Trata-se de demandas que expressam significativa relevância ao interesse social, pelo que sobrepuja, das três esferas federativas, o es-

forço conjunto, conquanto, de forma cooperada.

Perfilhando desse mesmo entendimento, Fernanda Dias Menezes assim assevera:

Pelas matérias especificadas percebe-se que o concurso de todos os Poderes é reclamado em função do interesse público existente na preservação de certos bens (alguns particularmente ameaçados) e no cumprimento de certas metas de alcance social, a demandar uma soma de esforços (ALMEIDA, 2010, p. 113).

Kildare Gonçalves Carvalho ressalta, também, o caráter imperioso que a espécie justifica:

A Constituição, neste ponto, segundo Raul Machado Rocha, ampliou consideravelmente os objetivos da competência comum, transformando-as em competência nacional, com descaracterização da competência local e estadual (CARVALHO, 2009, p. 1012).

Estratifica-se, do acima exposto, que, em virtude da relevância que os encargos dispostos nos incisos do art. 23 representam para o país, o constituinte imbuíu às três esferas federativas o dever de exercê-los conjuntamente.

Conforme versa o inciso em debate: “XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”, vê-se apontadas as atividades de pujante interesse nacional, pelo que o constituinte, também, elegeu, para que se designem com cuidado, zelo e atenção. Então, depreendendo-nos de qualquer possibilidade de coincidência, as atividades arroladas nesse inciso estão inseridas no contexto da política energética nacional, projetando-se pelo especial interesse, tendo em vista o aproveitamento racional das fontes de energia disponíveis - art. 1º, lei do petróleo²².

No âmbito dos objetivos elencados na lei 9.478 de 1997 - Lei do Petróleo, Maria D'Assunção Costa bem definiu interesse nacional:

Convém ressaltar que o interesse nacional não é representado pelo atendimento ao interesse dos governantes dos cargos eletivos mas, também – e principalmente – compreende o conjunto de interesses de todos os usuários dos serviços energéticos, dos agentes econômicos públicos ou privados que se dediquem a essas atividades e aos órgãos governamentais afetos ao setor de energia, ou seja, à sociedade em geral (COSTA, 2009, p. 91).

21 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...] XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

22 Lei 9.478/97. Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:[...](grifo nosso).

A propósito, para realização das tarefas comuns consignadas no art. 23, o seu parágrafo único²³ prevê a edição de Leis Complementares com o escopo de fixar normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. De sorte, pressupõe que é sob a égide das bases políticas e operacionais, delineadas por essas normas, que as atividades ali arroladas seriam mais bem atendidas, tendo em vista objetivarem o equilíbrio no desenvolvimento e no bem-estar em âmbito nacional.

Urge, então, indagar se a ausência dessas normas obsta a efetivação dos objetivos almejados no rol dos encargos, tendo em vista tarefas revestidas de elevado interesse nacional e social. Em breve cotejo, conclui-se que o objetivo destinado a essas normas não afasta e não condiciona a realização das tarefas atribuídas às três esferas federativas, pois imputaria nada mais que a interface de cooperação administrativa e operacional.

O registro, o acompanhamento e a fiscalização das concessões dos direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, previstos no inciso XI, do art. 23 da Constituição Federal, devem ser exercidos à luz da legislação que regulamenta e regula a atividade econômica. Essa competência é, irrefutavelmente, privativa da União e a ela cabe o exercício pleno de sua competência, ressalvada a realização em concurso da competência material da fiscalização, controle e registro, atribuída pelo inciso XI, do art. 23, concorrentemente com os demais Entes Federativos. Porém, repise-se, sob a égide da legislação produzida pela União.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A competência para a fiscalização dos *Royalties* pelos Estados, Distrito Federal e Municípios tem pressupostos fundamentais de natureza Constitucional e Legal. Há, no entanto, que imputar-lhe a devida interpretação sistêmica para que não se cometa o equívoco de produzir entendimento à margem da harmonia presumida que se tem do Ordenamento Jurídico Pátrio.

Os *Royalties* são receitas originárias dos Entes Subnacionais que, de alguma forma, suportam o ônus público específico das atividades econômicas em seu território, as quais advêm das lavras dos bens públicos, que a própria Constituição Federal elegeu como susceptíveis a exploração. É esse o condão que, literalmente, imprime-se no §1º do art. 20 da Constituição Federal, como pressuposto necessário e suficiente para que o Ente Federativo se polarize na relação jurídica como beneficiário da receita de *Royalties*.

Essas receitas, como vimos, têm natureza de contra-prestação e abrangem os danos causados ao meio ambiente, consequentes da atividade exploratória em vastas áreas, nas quais, situam-se os campos de exploração. Agrega-se a isso, por exemplo, a indisponibilidade sofrida pela área ocupada, imputada ao seu proprietário. Além do mais, soma-se, também, o fato da decorrente mobilização em infra-estrutura para o atendimento da demanda social que os empreendimentos dessas indústrias provocam, principalmente aos governos locais, que se empreendem, em demasia, em busca de recursos para amenização do impacto causado.

Assim, é de se concluir que há convergência principiológica e normativa vigente, que ampara e reforça o entendimento de que os Estados, Distrito Federal, inclusive os Municípios detêm a competência para editarem leis, que possibilitem a fiscalização do cálculo e do pagamento dos *Royalties*, além de autorizar a cobrança extrajudicial e judicial de suas receitas originárias, em virtude da inadimplência do concessionário.

Sobre as questões aduzidas e das postulações consignadas na ADI 4606, até a data de encerramento deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia se pronunciado, todavia, estamos convictos que os diplomas editados pelo Estado da Bahia, objetos dessa ação, não usurpam a competência da União, haja vista que se restringem ao exercício de fiscalização e controle sobre sua receita originária. Trata-se da autonomia federativa concebida pela Ordem Constitucional em vigor, além da consonância estabelecida pela exigência de preceitos legais impositivos, fulcro da preconização inafastável do Princípio da Legalidade imputado à Administração Pública.

Já a fiscalização, registro e acompanhamento, preceituado no inciso XI, do art. 23 da Constituição Federal, não há como acreditar, por todas as razões anteriormente exaradas - além da eminente importância que as atividades possuem ao interesse nacional - que o constituinte tenha arrogado imperioso encargo como mera atividade auxiliadora da prescrição do §1º, do art. 20 da Carta Política, conforme consignada na ADI 4606.

Por fim, merece, aqui, ser destacado a lacuna da Lei Complementar que visa a disciplinar a cooperação para o esforço conjunto referente ao encargo estabelecido pelo inciso XI, do art. 23 da Constituição Federal. Essa omissão jamais poderia ser acolhida como condição à realização das tarefas imputadas às três esferas federativas, conforme impostas no inciso acima mencionado. Mas, também, é certo que, tendo em vista os preceitos constitucionais, a realização desse encargo, por qualquer das esferas federativas, deve ser exercida, estritamente, sob a prescrição da legislação regulamentadora e reguladora da União.

23 Constituição Federal. Art. 23.[...] 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.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- ANGÉLICO, João. **Contabilidade Pública**. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- COSTA, D'Assunção. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: Dicionário da Língua Portuguesa**. 8.ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Mini Houaiss: Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- LACOMBE, Américo Jacobina. **O Pensamento vivo de Rui Barbosa**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1952.
- MACHADO JR., J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**, 33. ed. Coedição. São Paulo: IBAM/Lumen Juris, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) ADI 4606**. Brasília, 2011.
Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4606&processo=4606>> Acesso em: 12 out. 2011.
- _____. **Mandado de Segurança n. 24.312/DF de 19 de fevereiro de 2003**. Brasília, 2003. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86118>>. Acesso em 12 out. 2011.
- _____. **Recurso Extraordinário n. 228.800/DF de 26 de novembro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=51182>>. Acesso em: 12 out. 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. **Princípios Constitucionais Fundamentais**. São Paulo: Editora Lex, 2005.