

O Brasil terá o ano do pacto federativo em 2013. Neste ano, ao menos dois temas que dizem respeito ao pacto federativo deverão ser objeto de amplas discussões: a alteração nas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo e a promulgação da Lei Complementar que tratará do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE.

Por certo não é coincidência que estes dois temas acabaram sendo submetidos a controle de constitucionalidade por parte do STF. Há no Congresso Nacional uma evidente dificuldade de conciliação política em temas que envolvem a distribuição de receitas para os Estados e Municípios. De fato, é estarrecedor observar que por vezes a sanha arrecadatória da maioria prevalece até mesmo sobre dispositivos da Constituição Federal.

Neste sentido, como bem observou a Ministra CARMEN LÚCIA em decisão que deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, *legislar é direito-dever do Congresso Nacional. Mas também é seu dever-direito ater-se aos comandos constitucionais.*

O pacto federativo se materializou na Constituição Federal através de um complexo sistema de pesos e contrapesos que tem como objetivo estabelecer o equilíbrio orçamentário entre os Estados e entre os Municípios. Os legisladores constituintes realizaram uma delicada costura política e jurídica capaz de minimizar os efeitos das diferenças socioeconômicas entre Estados e entre Municípios. Alterar tal sistema de pesos e contrapesos significa comprometer o orçamento de determinados Estados e Municípios em favor de outros, violando o pacto federativo.

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA<sup>1</sup> pondera que *ao celebrar-se o pacto federativo através da elaboração do pacto político que é a Constituição, deve haver o sopesar das necessidades de cada ente autônomo e os recursos previstos no texto. Se não houver compatibilidade o pacto é vesgo. Se não se estabelecer razoabilidade entre fins e meios, perecem as soluções democráticas, criando-se odiosa estrutura de dominação dos entes maiores sobre os menores. Deixando de atender a critérios equitativos na distribuição dos recursos, instaura-se o desequilíbrio repugnante entre os entes federativos de poder.*

No que diz respeito ao petróleo, por exemplo, a Constituição deslocou a incidência do ICMS do Estado de origem para o Estado de destino, favorecendo os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores. Em contrapartida,

\* Advogado. Ex-advogado na Procuradoria-Geral da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

<sup>1</sup> *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 35.

garantiu uma compensação financeira na forma de *royalties* e participações especiais destinados aos Estados e Municípios produtores de petróleo e gás natural. Vale mencionar que tal compensação financeira também se justifica pelo impacto socioambiental causado pela exploração de petróleo e gás natural.

Os dispositivos da Constituição Federal de 1988 que, equilibradamente, tratam das receitas tributárias e não tributárias advindas do petróleo e gás natural ilustram de maneira objetiva o que é pacto federativo. Isto até a mudança nas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo prevista na Lei n. 12.734/2012, que dominou a agenda política e os noticiários nos primeiros meses de 2013.

O Congresso Nacional, após derrubar o veto da Presidenta da República aos artigos da Lei n. 12.734/1012 que afetam os *royalties* e participações especiais devidos aos Estados e Municípios produtores em razão dos contratos de concessão já celebrados, promulgou a citada Lei.

Em decorrência da promulgação da Lei n. 12.734/2012, os Estados e Municípios produtores de petróleo e gás natural se viram na iminência de sofrer significativo impacto orçamentário, não apenas porque ficou estabelecida uma redução nas futuras receitas oriundas dos *royalties*, mas especialmente porque a Lei afetou os contratos de concessão anteriormente celebrados.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, levou a discussão ao STF.

A ADIN teve como espinha dorsal a defesa do pacto federativo.

Em síntese, alegou-se que a alteração das regras de distribuição dos *royalties* para os Estados e Municípios produtores fere o pacto federativo, na medida em que: (i) deixa de destinar receita de natureza indenizatória, expressamente, prevista no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, para os Estados e Municípios que recebem impacto socioambiental próprio da atividade de exploração e produção de petróleo; (ii) causa o desequilíbrio orçamentário dos Estados e Municípios produtores de petróleo que, por força da Constituição Federal de 1988, perderam os recursos provenientes do ICMS nas operações de remessa de petróleo e seus derivados para outros Estados da Federação; (iii) enfraquece os Estados e Municípios produtores em afronta a normas constitucionais, ferindo o princípio federativo em sua configuração constitucional, o que, evidentemente, não pode ser realizado pelo legislador ordinário; e (iv) fere o ato jurídico perfeito quando afeta contratos de concessão anteriormente celebrados. Em relação a este último aspecto, é interessante notar que, sendo inquestionável enquanto receita originária, os *royalties* e as participações especiais que adviriam dos contratos de concessão já celebrados foram utilizados para securitizar a negociação da dívida de Estados produtores.

A Ministra CARMEN LÚCIA, na decisão que deferiu a medida cautelar requerida nesta ADIN para suspender os efeitos da referida lei, reconheceu a urgência e a gravidade dos efeitos imediatos produzidos pela lei, assim como a relevância dos fundamentos de direito acima mencionados. Reconheceu, fundamentalmente, a necessidade de proteger a Constituição: *e se uma vez se desobedece a Constituição em nome de uma necessidade, outra poderá ser a inobservância de amanhã em nome de outra. Até o dia em que não haverá mais Constituição.*

No entanto, dentre as razões que lastrearam a referida decisão, de singular importância foi a menção da Ministra Carmen Lúcia ao direito público subjetivo dos Estados e Municípios produtores. A questão não parece ser de difícil solução quando vemos a objetiva manifestação da Ministra:

O que há de interpretar é que o direito foi constitucionalmente estabelecido, disso não se podendo desconhecer ou ignorar. A forma do seu exercício, seus termos e condições é que se conferiu ao legislador. Entretanto, não se acanha ou aniquila direito constitucionalmente estatuído, embora por igual não se desconheça a legitimidade de ação do legislador para traçar a forma de seu exercício. Assim, o Estado e o Município, em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), titulariza o direito assegurado na regra constitucional.

Em outras palavras: é inconstitucional a igual participação nas receitas decorrentes da exploração de petróleo e gás natural por Estados que não se enquadram na regra constitucional do art. 20, § 1º, ou seja, Estados que não atendem aos requisitos territoriais previstos neste dispositivo da Constituição Federal.

E não poderia ser diferente, uma vez que tais receitas têm natureza indenizatória e, evidentemente, não há que se falar em indenização a Estados que não produzem petróleo e que, portanto, não se sujeitam aos ônus desta atividade econômica.

Igualmente importante, a abordagem da Ministra CARMEN LÚCIA sobre a necessidade de enxergar-se a Constituição Federal de maneira sistêmica.

Como anteriormente mencionado, a alteração das regras pertinentes ao regime de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural sem a mudança na regra tributária que prevê a não-incidência do ICMS nas operações que destinem petróleo e seus derivados a outros Estados, prejudica o equilíbrio federativo nacional, desnatura o pacto federativo.

Agora caberá ao plenário do STF julgar o mérito desta ADIN, mas qualquer que seja o caminho adotado, não restará diminuída a decisão cautelar da Ministra Carmen Lúcia, enquanto peça de contundente defesa do pacto federativo.

De fato, qualquer que seja a decisão do plenário do STF, haverá um acirramento dos conflitos entre os Estados da Federação, com imprevisíveis desdobramentos políticos e jurídicos.

Neste cenário de conflito federativo também se insere a discussão no Congresso Nacional sobre o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE.

Alguns defendem a opinião de que ambos os temas - alteração nas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo e FPE - deveriam ser discutidos em conjunto no Congresso Nacional, pois durante o processo legislativo seria possível conciliar os

interesses dos Estados que perdessem ou ganhassem receita, como vasos comunicantes.

Isto porque a redistribuição dos *royalties* do petróleo na forma da Lei n. 12.734/1012 não altera de maneira significativa o orçamento dos Estados não produtores de petróleo, mas pode levar à insolvência os Estados e Municípios produtores. Por sua vez, a alteração nas regras de distribuição do FPE pode inviabilizar Estados não produtores muito dependentes destes recursos, mas provavelmente pouco afetará o orçamento do Estado do Rio de Janeiro, maior produtor de petróleo, por exemplo. Vale lembrar que o FPE é a principal fonte de recursos de alguns Estados não produtores de petróleo, como Amapá, Roraima e Acre, por exemplo.

Evidentemente, tais argumentos somente são válidos enquanto facilitadores de um acordo político, pois, como mencionado, no campo do direito a distribuição dos *royalties* do petróleo para os Estados produtores é constitucionalmente garantida.

Nesta hipótese, estabelecidas as regras de distribuição dos *royalties* do petróleo destinados aos Estados produtores, o FPE poderia cumprir a sua função constitucional de reduzir as assimetrias orçamentárias, o que não ocorre desde que a distribuição dos seus recursos passou a ser calculada com base em coeficientes fixos.

Em 1989 o FPE passou a ser distribuído aos Estados em coeficientes fixos, deixando de ser calculado anualmente com base na variação da renda *per capita* e na população de cada Estado. A sistemática de coeficientes fixos, estabelecida na Lei Complementar n. 62/1989, prevê a distribuição de 85% dos recursos da FPE aos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ficando os Estados do Sul e Sudeste com os 15% restantes.

O regime de coeficientes fixos do FPE foi estabelecido na Lei Complementar n. 62/1989, como regra de natureza transitória, mas que se perpetuou até a decisão do STF de 2010, adiante comentada.

Tal sistemática foi duramente criticada por contrariar o caráter equalizador do FPE, na medida em que penaliza os Estados que tiveram crescimento populacional concomitantemente à queda da renda *per capita*.

Os Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Goiás e Mato Grosso do Sul, propuseram ADINs<sup>2</sup> sob o argumento de que o regime de coeficientes fixos prejudica a própria razão de existência do FPE, qual seja: reduzir as diferenças arrecadatórias entre os Estados, equalizando as receitas orçamentárias.

Nestas ADINs foi requerido o retorno à sistemática de coeficientes variáveis praticada antes da Lei Complementar n. 62/1989, que eram calculados com lastro nos artigos 88, 89 e 90 do Código Tributário Nacional, obedecendo aos seguintes parâmetros: (i) área de cada Estado com peso de 5%; e (ii) multiplicação da população pelo inverso da renda *per capita*, com peso de 95%. Assim, possibilitava-se o constante reequilíbrio da capacidade fiscal dos Estados, favorecendo-se aqueles com menor capacidade de arrecadação em detrimento daqueles com maior capacidade de arrecadação.

Em dezembro de 2010, reconhecendo a procedência das razões de direito

<sup>2</sup> ADINs ns. 875, 1987, 2727 e 3243, ajuizadas, respectivamente, pelos Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

arguidas nestas ADINs, o STF declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que estabelecem coeficientes fixos para a distribuição dos recursos do FPE, previstos na Lei Complementar n. 62/1989. Na oportunidade o STF reconheceu que a utilização de coeficientes fixos não promove o equilíbrio socioeconômico entre os Estados, como requer o art. 161, inciso II, da Constituição Federal.

No entanto, face à importância de tais recursos para os Estados e considerando a dificuldade política de estabelecer-se as novas regras de distribuição dos recursos do FPE em curto período de tempo, a decisão do STF manteve válida a regra de coeficientes fixos prevista na Lei Complementar n. 62/1989 até dezembro de 2012.

Enfim, como na lei que trata da redistribuição das receitas dos *royalties* do petróleo, vemos o STF intervindo no processo legislativo em favor do pacto federativo, de forma a corrigir desvios existentes em Lei que se afastou da sua matriz constitucional.

O Congresso Nacional tem agora o desafio de estabelecer regras dinâmicas para a distribuição dos recursos do FPE que atendam ao seu preceito constitucional, qual seja, minimizar as diferenças socioeconômicas entre os Estados.

Em última análise, o desafio que ora se apresenta é recolocar na pauta do Congresso Nacional o pacto federativo como preceito constitucional a ser observado no trabalho legislativo, acima de qualquer interesse local ou regional, sob pena de esta Casa continuar tendo a sua produção legislativa revista pelo STF.