

Os *royalties* do petróleo e os direitos do Estado do Rio de Janeiro

Humberto Ribeiro Soares¹

Resumo

O presente artigo versa sobre o rateio da participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, fixado no § 1º, art. 20, da Constituição Federal. Do mesmo modo, no mesmo artigo, encontra-se a sede constitucional dos direitos dos Estados-membros e Municípios produtores de petróleo à participação no resultado da exploração de petróleo. Sendo assim, somente os entes federativos produtores de petróleo têm direito à participação. Todavia, não o têm os Estados e Municípios não produtores. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal, determinou que, no mar, a relação de pertinência é de “respectividade” para com o ente confrontante, é topográfica, é geodésica, não é de dominialidade. Corolário a isto, as “participações”, mesmo no mar, importam em receita própria, originária dos Municípios produtores e dos Estados produtores. Não se tratando de transferências voluntárias de parte da União. Por último, ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, propriedade do petróleo não é plena, isto é, nem a União detém propriedade plena sobre o petróleo. Por conseguinte, de acordo com a Carta Magna, o rateio da participação no resultado da exploração de petróleo tem de obedecer, ademais, ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Palavras-chave: Royalties; estados produtores; Constituição Federal.

Abstract

This article deals with the allocation of the profit sharing from oil or natural gas, fixed in § 1, art. 20 of the Federal Constitution. Similarly, in the same article, is the headquarters of the constitutional rights of the United States and Municipalities oil producers to profit from oil exploration. Thus, only the federative oil producers are entitled to participate. However, not the states and municipalities have not producers. For this reason, the Supreme Court ruled that, in the sea, the relationship of relevance is “respectividade” toward being confrontational is topographic, geodesic is, it is not dominion. Corollary to this, “equity”, even at sea, mind own recipe, originating in the United Counties producers and producers. In the absence of voluntary transfers from the Union Lastly, according to the Supreme Court, the property is not full of oil, ie, neither the Union holds full ownership of oil. Therefore, according to the Constitution, the apportionment of profit sharing from oil must comply, in addition, the constitutional principle of proportionality.

Keywords: Royalties; producing states; federal constitution.

Introdução

O rateio da “participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural” é fixado no § 1º, art. 20, da Constituição Federal. Aí está o núcleo da temática deste trabalho. Por aí, a Constituição, por óbvio, contempla, predominantemente,

¹ Resumo da palestra proferida pelo autor na Faculdade de Direito de Valença em 24/05/2013. Humberto Ribeiro Soares é Advogado, formado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, em 1964; e, Engenheiro Civil, formado pela Escola Nacional de Engenharia da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro, em 1956. Consultor Jurídico, área de Direito Público.

os entes produtores. E deixa aos não produtores a possibilidade de lograr acesso ao rateio unicamente enquanto partícipes do quinhão da União (esta, enquanto “comunidade jurídica total”, e, não, “comunidade jurídica parcial”, na definição de Hans Kelsen e na sua positivização pelo art. 18, *caput* da Constituição Federal)². Conceitos que se irão apreciar adiante.

Assinale-se que, no panorama anterior às recentes propostas de novos critérios de rateio, o conjunto de produtores somava cerca de uma dezena, com o Estado do Rio de Janeiro respondendo por cerca de 90% da produção e, logo em seguida, o Estado do Espírito Santo, com significativo montante.

Destarte, tudo isto ultimou pela aprovação das conhecidas inconstitucionais Emenda Ibsen, na Câmara, Emenda Ibsen-Simon no Senado e, adiante, Projeto Vital do Rego (também no Senado), em que se retiram dos entes produtores de petróleo quinhões de suas “participações” para destiná-los aos não produtores. Isto tudo em meio a propostas de acordos, todas desprezando a Constituição Federal e sacrificando os direitos insuperáveis das futuras gerações dos Estados produtores contidos na Carta Magna.

O autor deste trabalho, enquanto advogado, ajuizou, nos fins de 2011, no Supremo Tribunal Federal, um mandado de segurança combatendo aquelas propostas. Fê-lo na qualidade de patrono de cerca de 50 Deputados Federais. Relator designado foi o Ministro Luiz Fux. Mas, até hoje, não mereceu solução.

Tal mandado de segurança³ baseou-se na severa figura do Direito Constitucional denominada “limitação constitucional”, que visita todas as constituições do mundo, desde a dos Estados Unidos da América. No Brasil, constou de todas as Cartas e consta da atual (art. 60, § 4º). E permite mandado de segurança contra projeto de lei – ainda em fase de processo legislativo, impetrado por parlamentar que ostenta direito subjetivo de não votar, ‘*rectius*’, de ter por trancado o dito projeto. E isto, assinale-se, segundo a cediça jurisprudência do nosso Supremo (“*leading case*” do Ministro Moreira Alves).

É sobre a temática deste último mandado de segurança (nº 31.031) que se desenvolve o presente trabalho.

Porquê de admitir-se mandado de segurança anteriormente à edição da lei

Antes do mais, esclareça-se que é rigorosamente admissível mandado de segurança por parte de parlamentares para trancar discussão (fase de processo legislativo, isto é, ainda antes da promulgação) que seja tendente a desrespeitar “limitação constitucional”.

A farta jurisprudência do Supremo admite que somente Deputados Federais são os que podem ajuizar este tipo de mandado de segurança para trancar a discussão de projeto legislativo. E que a única via de, no Judiciário, impedir a

² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

³ (Proc. STF nº MS-31.031).

deliberação, isto é, impedir que o projeto (de lei ou de emenda constitucional) se transforme em lei (ou em emenda), antes disto, é esta, nenhuma outra há. Somente após a deliberação do Congresso é que cabe a ADIN.⁴

O Supremo tem vasta jurisprudência em que se julga que, o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição⁵ e que os parlamentares dispõem de, direito subjetivo de não ver submetida, à apreciação parlamentar, proposta supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional⁶; e que a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição⁷.

Em suma, todos estes acórdãos, e vários outros, estão num livro de referência editado pelo próprio Supremo.⁸

Em que importa a figura da “limitação constitucional”

A “limitação constitucional” não é uma inovação verde-amarela, é adotada por todas as constituições em todos os países do mundo. Todos os constitucionalistas mundiais expõem o tema. O catedrático de Direito Constitucional de Lisboa, Jorge Miranda, refere em suas obras, *Manual de Direito Constitucional e Teoria do Estado e da Constituição*, que, “a primeira Constituição em que isso se verifica é, por sinal, a norte-americana, a primeira Constituição em sentido moderno”⁹, acrescentando que “no século XX, multiplicam-se as referências a princípios ou limites no Brasil designados por cláusulas pétreas correntemente que, em revisão constitucional, devem ser observados”.¹⁰ E, então, elenca algumas das muitas constituições novas (frutos do poder constituinte originário), que, no mundo todo, impuseram limitações à obra do constituinte de reforma: a norueguesa, as de Portugal, a da França, a da Itália, a da Tunísia, a do Marrocos, a Tcheca, a da Grécia, a da República Federal da Alemanha (de Bohn, 1949), a da Espanha, a do Japão, a da Suíça, todas as do Brasil (a partir da de 1891, inclusive a de 1988) etc¹¹.

Filiando-se, Jorge Miranda, à ‘tese (unânime) da necessidade jurídica dos limites materiais de revisão’, continua a lecionar que “o poder de revisão é um poder constituído (e não constituinte), como tal sujeito às normas constitucionais; quando o poder de revisão se libertasse da Constituição, nem

⁴ (Grifos nosso).

⁵ (MS 20257-STF-Pleno, STF-MS 23087-MC/SP etc.).

⁶ (STF-MS 23087 MC/SP).

⁷ (STF-MS 22487).

⁸ STF, Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Brasília-DF: Brasiliense, 2011.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 31.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 33.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 175.

mais haveria Constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte originário¹²; preceitua ainda que, a subordinação material do poder de revisão constitucional ao poder constituinte (originário), da revisão constitucional à Constituição, é um postulado lógico e, que na mesma visão, a revisão consiste em adotar preceitos sem bulir com os princípios... certos e determinados limites.¹³

Elas formam o que o Ministro do Supremo Celso de Mello chama de ‘sistema de valores essenciais consagrados pela Constituição’ ou seu “núcleo imutável” e que Loewenstein chamou de *espíritu o telos de la constitución*. Outro Ministro do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes, anota que, o constituinte reconheceu ainda que (...) são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática¹⁴. Atente-se bem: pelo mecanismo das limitações constitucionais ao poder de reforma asseguram-se ‘os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática’.¹⁵

Outro Ministro da Suprema Corte Brasileira, o Ministro Carlos Ayres Britto, em sua obra, *Teoria da Constituição*, tece longas e obstinadas loas ao instituto das limitações constitucionais impostas pela Constituição originária ao poder de sua reforma, e as comenta assim: “É que o valor-dos-valores, o valor síntese da Constituição, a ‘fórmula política’ de Verdú outra coisa não é, para nós, senão o próprio ser da Constituição. Aquilo que a Constituição é, acima de tudo. A sua quintessência.”¹⁶

E prossegue o Ministro Carlos Ayres Britto, explicando a razão de ser das limitações constitucionais impostas a qualquer emenda da Constituição (*et pour cause*, a projeto infraconstitucional): Esse valor-teto, que dentro da Constituição não conhece outro que se lhe iguale em importância funcional-sistêmica, é precisamente aquele cuja existência é a principal justificativa material de quase todos os demais valores. O valor-contidente por excelência, ou o ‘gene do qual decorrem os mais vivos traços fisionômicos’ dos demais valores constitucionais. Por ser o valor constitucional primário (‘gene’), esse princípio dos princípios mantém com a Constituição, mais que uma relação de pertinência, uma relação de inerência: ele é ela mesma, ela mesma é ele. O que já significa dizer: caso extirpado da Constituição, ele, valor-síntese, inelutavelmente deflagraria sobre a quase totalidade dos demais valores uma mudança qualitativa de tal ordem que chegaria às raízes de ‘um mortal

¹² MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 35.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 176-177.

¹⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

¹⁵ São vários os acórdãos do Supremo em que tais considerações são confirmadas dentre os quais: MS 20.257-DF, Relator Min. Moreira Alves, RTJ-STF 99/1031; MS 21.642, Relator Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.747, Relator Min. Celso de Mello, RDA 193/266; ADIn 939-DF, Relator Min. Sydney Sanches, RTJ-STF 151/755; ADI 2666/DF, Relatora Min. Ellen Gracie.

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Forense, 2003, p. 183.

efeito dominó'. Ou seja, seria como dizer: faltando à Constituição o seu próprio ser, tudo o mais vai lhe faltar.¹⁷ E das limitações, que, além de classificáveis em espécies circunstanciais, são de espécies: formal e material, o Ministro Carlos Ayres Britto assinala que são, elas, dotadas de “‘Petrealidade’ necessariamente dúplice, começando pelas cláusulas formais e terminando pelas materiais.”¹⁸

E os projetos e emendas em questão e tentativas de acordos agridem limitações constitucionais adotadas pelo texto da Magna Carta Brasileira. Daí que ensejem o mandado de segurança em foco.

O núcleo constitucional dos direitos dos entes produtores

O núcleo constitucional dos direitos dos Estados-membros e Municípios produtores de petróleo à “participação no resultado da exploração de petróleo” está no § 1º do art. 20 da Constituição Federal, a dizer que, 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, [na respectiva]¹⁹ plataforma continental, [no respectivo]²⁰ mar territorial ou [na respectiva]²¹ zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Ora, deste provimento normativo da Constituição já de vê que somente os entes federativos produtores de petróleo têm direito a “participação no resultado da exploração de petróleo”.²²

O vocábulo “respectivo” (explícito ao início e implícito, neste 1º, por *zeugma* nos seguintes segmentos redacionais, nota 19 e outras) que o texto da Constituição emprega impõe que só se dê “participação” aos entes federativos de onde se extraia o petróleo.

Esclareça-se bem; o texto da Constituição é do seguinte teor que vale repetir: 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, [na respectiva] plataforma continental, [no respectivo] mar territorial ou [na respectiva] zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

¹⁷ BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Op. Cit.*, pp. 185-187.

¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Op. Cit.*, p. 187.

¹⁹ Zeugma: “forma de eclipse que consiste na supressão, em orações subsequentes, de um termo expresso na primeira”, *cf.* Dicionário da Língua Portuguesa. Ex.: Gonçalves Dias: “Nossos bosques têm mais vida / Nossa vida mais amores”). *Citado in:* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 765.

²⁰ *Ibidem, idem.*

²¹ *Ibidem, idem.*

²² (sic, CF/88, § 1º do art. 20).

Ora, se o constituinte houvesse desejado que a participação fosse extensiva, indiferentemente, a todos os entes federativos sem exceção (rectius, produtores mais não produtores) não teria se valido do vocábulo respectivo.

Teria redigido o provimento normativo deste § 1º sem ele, assim: 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 território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.

Ou ainda talvez assim: 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.

Teria adotado, portanto, uma destas duas hipóteses redacionais sem o termo **respectivo**.

E a Constituição, como é de sabença corriqueira, não contém disposições ociosas.

Destarte, as conclusões deste trabalho (adotadas no mandado de segurança acima identificado) partem deste § 1º e se imbricam, por interpretação sistêmica, com outros provimentos da Magna Carta, rectius, com princípios e regras nela contidos. Todos conformadores da importantíssima figura de direito constitucional denominada limitação constitucional (que preserva núcleo intocável pelo constituinte derivado e, por óbvio, pelo legislador infraconstitucional, em tal núcleo, as cláusulas pétreas). No texto da Constituição Brasileira de 1988, encontra-se por seu art. 60, § 4º.²³

E ditas conclusões levam a que não fazem jus à participação aqueles Estados e Municípios onde não ocorra extração de petróleo (sem prejuízo de que, se, no futuro, vier a ocorrer, passem a fazer jus).

Insista-se em que a norma consagrada naquele § 1º do art. 20 da Carta Magna tutela o pertinente unicamente ao petróleo extraído no respectivo território, por consequência, unicamente, de se tratar do ente produtor; só o ente produtor faz jus à participação; se não fosse assim, não faria sentido o texto da Constituição usar o vocábulo respectivo ('respectivo território'). E não fariam sentido as imbricações sistêmicas adiante expostas.

Portanto, estender participação no resultado da exploração de petróleo²⁴ a Estados e Municípios não produtores é inconstitucional; inconstitucionalidade que os projetos acima mencionados vêm cometendo através de um expediente tentativamente disfarçado, ladeante, o de retirar receitas dos produtores, criar fundos, colocar as receitas surrupiadas aos produtores nestes fundos e deles excluir os entes produtores.

²³ (Grifos nosso).

²⁴ (sic, § 1º do art. 20, CF/88).

O direito também quando a exploração for no mar: a relação de respectividade – (STF)

De atentar-se a que o dito § 1º do art. 20 (CF/88) também tutela o atinente ao petróleo extraído do mar (plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva). No mar, a relação de pertinência é de respectividade para com o ente confrontante, é topográfica, é geodésica, não é de dominialidade²⁵.

A “participação” é “receita própria”, “receita originária” dos entes produtores (STF)

Importante corolário disto, também extraído, às expressas, pelo julgado da Suprema Corte: as participações, mesmo no mar, importam em receita própria, receita originária dos Municípios produtores e dos Estados produtores. Portanto, não se trata de transferências voluntárias de parte da União; tratar diferentemente é incidir em inconstitucionalidade.²⁶

A “limitação constitucional” da “constituição financeira”

Os malsinados projetos de novos rateios agridem, também, a ‘Constituição Financeira’, que é uma ‘limitação constitucional’ implícita integrante da expressa, esta, a norma do inciso I do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.²⁷

A Constituição Financeira espalha-se por diversos preceitos da Constituição²⁸. É de notar-se que o constituinte dá deveres aos entes federativos, mas lhes dá, correspondentemente, receitas também para que desempenhem as tarefas.

Advirta-se que a Constituição Financeira faz parte, inobjetavelmente, da forma federativa de Estado²⁹, entendida como o modelo brasileiro de forma federativa adotado no texto da CF/88. *En passant*, as limitações constitucionais abrangem não somente as expressas, explícitas no texto constitucional, tanto quanto as implícitas, tácitas.³⁰

E é importante ter-se em conta que, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “não há um modelo único de Estado federal a ser servilmente recebido como modelo necessário”³¹; o inciso I do § 4º do art. 60 significa a “forma de Estado

²⁵ (Como já decidiu o Supremo pelos MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie e ADIN 2080-RJ).

²⁶ (MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie e, igualmente, ADIN 2080-RJ).

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional e Financeiro: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Vol. I. São Paulo: Renovar, 2009, pp. 19-23.

²⁸ o §1º do art. 20 é um deles, outros são os repartição de receitas tributárias, o próprio Sistema Tributário etc.)

²⁹ (Limitação constitucional explicitada, enquanto cláusula pétrea, imposta pelo inciso I do § 4º do art. 60, CF/88).

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 178.

³¹ MENDES, Gilmar.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada”³², é “o modo de ser federal do Estado criado pela Constituição”³³.

E o Supremo já julgou que a “forma federativa de Estado”³⁴ é algo que não pode ser conceituado “a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e como o adotou” e, “como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição”³⁵.

Vale ressaltar que o Brasil estrutura-se por um modelo de federação próprio, pleno de peculiaridades particularíssimas – aliás, isto é apontado por Jorge Miranda, em sua obra *Teoria do Estado e da Constituição*, em longo apanhado em que elenca dezenas de modelos de federação particulares pelo mundo afora³⁶.

Os entes federativos produtores (Estados-membros e municípios) são também proprietários das jazidas de petróleo

Os malsinados projetos (e, inclusive, os remendos propostos por tentativas de acordos) afrontam outra limitação. É que os Estados e Municípios produtores também detêm propriedade sobre as jazidas de petróleo, ainda que propriedade parcial. O que significa concluir-se que os não produtores não fazem jus à participação.³⁷

284

Eis que a propriedade do petróleo por parte de quem quer que seja não é plena, isto é, nem a União detém propriedade plena sobre petróleo e o Supremo já decidiu assim³⁸.

O termo “União”, como o emprega o texto constitucional ao tratar da propriedade do petróleo (art. 20, IX, CF/88), é polissêmico, plurisignificativo³⁹, ora significando “comunidade jurídica total”, ora significando “comunidade jurídica parcial”⁴⁰.

É lição de Canotilho, a de que, a investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma ‘operação de determinação’ (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional porque, os elementos linguísticos das normas constitucionais são, muitas vezes, ‘polissêmicos’ ou ‘plurisignificativos’ (exs.: os conceitos de Estado, povo, lei, trabalho, têm vários sentidos na Constituição). O recurso ao ‘texto’ constitucional, não obstante as dificuldades das operações de determinação dos

³² CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 191.

³³ MENDES, Gilmar.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo.. *Op. Cit.*, p. 238.

³⁴ (inc. I, § 4º, art. 60, CF/88).

³⁵ (STF, ADI 2.024-Sepúlveda Pertence).

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*

³⁷ (Grifos nosso).

³⁸ (cfr. ac. STF, ADI 3.273-9/DF, Relator Min. Eros Grau).

³⁹ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.*, p. 193.

⁴⁰ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, pp. 309-311.

enunciados linguísticos das normas constitucionais, tem este sentido básico no processo metódico de concretização: o conteúdo vinculante da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções linguísticas relevantes.⁴¹

Tomando a noção de polissemia em texto constitucional, Kelsen ensina que, em uma federação, as normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado Federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a ‘federação’. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para partes definidas do território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são constituídas comunidades jurídicas parciais.

E prossegue o mestre de Viena, ensinando que, cada comunidade jurídica parcial abrange os indivíduos residentes dentro de um desses territórios parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os ‘Estados componentes’. Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado federal [total], a comunidade jurídica total, consiste, assim, (a) na federação, uma comunidade jurídica central [União], e (b) nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais.⁴²

Hans Kelsen ainda identificou precisamente esta concreta situação de polissemia pelo que concluiu criticamente: “A teoria tradicional identifica, erroneamente, a federação com o Estado federal total”⁴³.

E este conceito de Kelsen, está positivado no art. 18, *caput* da Constituição Brasileira.

O art. 18 da CF/88⁴⁴ que consagra, positiva este conceito de Kelsen, importa num somatório, numa equação, em que o membro da esquerda (parcela única), o total, a República Federativa do Brasil, significa “União”, somatório. Já o membro da direita, o que enuncia parcelas deste somatório, tem como parcela também integrante o ente “União”. Logo, um ser não pode ser igual a si próprio mais algo. Para solver esta impropriedade, é indispensável que se considere que o texto da Carta Magna, por aí, toma do mesmo vocábulo (União), mas, com duas acepções distintas, “(...) lá, à esquerda, como comunidade jurídica total, aqui, à direita, como comunidade jurídica parcial”⁴⁵. Portanto, polissemia⁴⁶.

Afinal, é axiomático que a União, não pode ser a soma dela própria, ou seja, União, mais outros valores. É que os bens constitucionais expressados por uma mesma palavra (União) são, respectivamente, de acepções distintas: logo,

⁴¹ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.*. pp. 197-198.

⁴² KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, pp. 313-316.

⁴³ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 317.

⁴⁴ (“A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios...”).

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 318.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 201.

polissemia ou plurisignificatividade. Como é obrigatório entender-se para a correta leitura do art. 18, *caput* da Constituição Brasileira.

De onde, no inciso IX daquele art. 20 – que diz que a jazida de petróleo é bem da União –, o termo União só pode ser entendido, em interpretação sistêmica da Carta, por “comunidade jurídica total”. Então, como aí se define que petróleo é bem de propriedade da “União”⁴⁷, enquanto comunidade jurídica total, também o é dos Estados produtores e dos Municípios produtores eis que estes entes federativos são integrantes, componentes da “União”, esta enquanto comunidade jurídica total.

Só que daí decorre que, ainda por força de interpretação sistêmica, é obrigatório interpretar este art. 20, IX da Constituição, necessariamente de forma articulada, imbricada com o § 1º do art. 20 também da Constituição e acima citado, pois que este § 1º estabelece uma restrição para a conceituação de propriedade do petróleo, vez que limita o aferimento das participações aos respectivos Estados e Municípios onde haja exploração.⁴⁸

Então, são proprietários os entes federativos - Estados e Municípios -, que sejam os respectivos, isto é, em que haja produção, extração do petróleo. E também no mar como já julgou o Supremo⁴⁹.

De sorte que lei que, aberta ou veladamente, adjudique ‘participação’ a ente federativo não produtor incidirá em inconstitucionalidade - e o próprio projeto de lei que assim o faça incidirá também, assim porquanto se trata de “limitação constitucional”.

Outro caminho que prova a propriedade dos Estados e Municípios sobre as jazidas de petróleo: o “*jus fruendi*” do § 1º do art. 20 da Constituição

É extremamente significativo, ainda, ter-se em conta outro raciocínio pelo qual se atinge a mesma conclusão, isto é, a conclusão a de que os entes federativos em que haja produção de petróleo são os únicos titulares da “participação no resultado da exploração de petróleo”⁵⁰.

Estes entes federativos, por força da dicção deste § 1º, detêm o *jus fruendi*. O *jus fruendi* é elemento ou atributo ou componente, precisamente, do instituto da propriedade.⁵¹ Assim sendo, a propriedade se decompõe em elementos seus componentes ou atributos, a saber, o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*.

Caio Mário Pereira preceitua que, o direito de usar *jus utendi* consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. Do mesmo modo, o direito de gozar, fruir *jus fruendi* realiza-se com a percepção

⁴⁷ (art. 20, IX, CF/88).

⁴⁸ (Respectivo quer dizer aquele onde, respectivamente, haja produção, não importa quem a faça).

⁴⁹ (“relação de respectividade”, cf. ac. no MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie e ADIN 2080-RJ, *supra*).

⁵⁰ (§ 1º, art. 20, CF/88).

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Ática, 1974, p. 92.

dos frutos. E, por sua vez, o direito de dispor *ius abutendi* envolve a disposição material, isto é, consumir a coisa, transformá-la, alterá-la.”⁵²

Destarte, precisamente o que está na base do julgado do Supremo, ao registrar que a propriedade não consubstancia uma instituição única, mas, o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles e, que, “a propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa”.⁵³

Caio Mário da Silva Pereira, tratando de decomposição da propriedade em seus elementos, ensina que, podem esses atributos reunir-se numa só pessoa, e tem-se neste caso a propriedade em toda a sua plenitude, propriedade plena, ou simplesmente a propriedade ou propriedade sem qualificativos: *plena in re potestas*. Mas pode ocorrer o desmembramento, transferindo-se a outrem uma das faculdades, como na constituição do direito real de usufruto, ou de uso, ou de habitação, em que o *dominus* não deixa de o ser (domínio eminente) embora a utilização ou fruição da coisa passe ao conteúdo patrimonial de outra pessoa (domínio útil). Em tais casos diz-se que a propriedade é menos ‘plena’ ou ‘limitada’.⁵⁴

Portanto, a propriedade da União sobre os bens: petróleo e gás natural não é plena, é limitada.

E, é exatamente limitada por força de disposição constitucional (o citado § 1º do seu art. 20, CF/88).

Veja-se ainda.

Já dissemos que União, Estados-membros e Municípios compõem o Estado Federal Total. Ou seja, como este resulta de um somatório, a propriedade não é só da União (comunidade parcial).

E que Estados-membros e Municípios também detêm elemento ou atributo da propriedade, vale dizer, também detêm a propriedade. Só que, tanto quanto à União detêm parte da propriedade.

E esta parte é, precisamente, o *jus fruendi*⁵⁵. E tal direito administra-lhes, exatamente, insista-se, aquele § 1º do art. 20 da Constituição Federal, 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, (1) [na respectiva] plataforma continental, (2) [no respectivo] mar territorial ou (3) [na respectiva] zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Aí está, assim, *jus fruendi*, elemento, atributo, componente da propriedade.

E, por aí, se verifica o como os Estados produtores e os Municípios produtores participam da propriedade do petróleo.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, pp. 94-95.

⁵³ ADIN 3.273-9/DF, Pleno, de 16.03.2005.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, pp. 97-99.

⁵⁵ (Quanto a parte da propriedade, vide STF-ADI 3273, supra).

A impossibilidade de discriminação entre petróleo da camada geológica do pré-sal e petróleo da camada geológica do pós-sal

Outra violência à limitação constitucional⁵⁶ vem sendo perpetrada (desde a origem dos projetos em 2009) em distinguir-se entre petróleo da camada geológica do pré-sal e petróleo da camada geológica do pós-sal. A Constituição, bem lida e lida pelo sistema normativo-constitucional acima desenvolvido, não permite distinguir ou privilegiar: tudo é petróleo, não importa a camada geológica de onde advenha.

Não há, na Carta Magna, qualquer preceito que autorize a distinção e há dispositivo que não permite como fartamente se demonstrou acima. Privilegiar ou distinguir, aí, incide em afronta a “limitações constitucionais”, aquelas também já explicitadas atrás.

A inconstitucionalidade (STF) do parâmetro de rateio que vem sendo tomado: o FPE

Outra afronta à limitação constitucional é o critério de cálculo da ponderação parametrizatória dos respectivos quinhões de “participação” que vem sendo tomado pelas emendas e projetos, ou seja, o Fundo de Participação dos Estados. A índole deste é absolutamente incompatível com a natureza estrutural do sistema que a Constituição molda para rateio da “participação no produto da exploração de petróleo”. E esta obriga a que se adote o princípio constitucional da proporcionalidade, havido por implícito ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), isto é, proporcionalidade ao volume – por consequência, ao resultado financeiro –, produzido por cada ente, por óbvio, truísmo, produtor.

Ademais, cabe considerar que o Supremo já julgou inconstitucional o próprio FPE que o Projeto Vital do Rego e outros, contudo, utilizam para parametrização⁵⁷. Tratar diferentemente disto é incidir em inconstitucionalidade.

A impossível confusão entre participação e compensação

Outro tópico que prospera muito por aí e, insensatamente, é o consistente na afirmação, generalizadamente e indiscriminadamente, de que a participação sobre o produto da exploração do petróleo estatuída no § 1º do art. 20 da CF/88 tem e, atente-se bem, unicamente como razão de ser a compensação que se faria aos Estados e Municípios pela espoliação, sobretudo, quanto ao meio ambiente, que a indústria da produção do petróleo promoveria nos territórios daqueles.

Nada mais constitucionalmente insensato. Aliás, inspirou a esdrúxula e ardilosa “compensação” introduzida pela Emenda Pedro Simon.

⁵⁶ (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

⁵⁷ (Acórdãos nas ADI's 875, 1987, 2727 e 3243).

por essa exploração, poderia tê-lo feito em dois períodos separados, independentes, assim: 1º período isolado: “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.”; 2º período isolado: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, compensação financeira pela exploração de petróleo”.

E restaria redacionalmente deselegante ou menos elegante do que se valendo da conjunção “ou” como o fez.

É que, ainda citando-se Bechara, “Os conectores ou conjunções coordenativas são de três tipos, conforme o significado com que envolvem a relação das unidades que unem: ‘aditivas’, ‘alternativas’ e ‘adversativas’”⁶⁰. E, no caso de que se cuida, pode dar-se a hipótese ‘aditiva’, como pode dar-se a hipótese ‘alternativa’, isto é, um determinado Estado ou Município fazer *jus* a participação e/ou a compensação.

Mas, as duas hipóteses, as duas figuras são distintas, independentes. Raciocínio, este, que se compatibiliza, às inteiras, com os argumentos sustentados no presente trabalho.

E o que, daí, avulta mesmo é que a Emenda Pedro Simon⁶¹, sobre “compensação” haja desrespeitado as “limitações constitucionais” dos incisos I e IV do art. 60, § 4º da Constituição (direito de propriedade dos entes produtores sobre petróleo) ao estabelecer a indistinção, a *mélange* de “participação” com “compensação”.

A ausência do sentimento constitucional

Todas as afrontas aqui apreciadas fazem pasmar porquanto têm levado de roldão algo pelo qual a dogmática muito zela, o denominado “sentimento constitucional”⁶². Inclusive, no tocante às propostas de acordos que têm surgido. A classe política tem manifestado um imperdoável desdém à Constituição. E rasga-se a Constituição Federal, como um panfleto bastardo, sem importância. E isto vem desafiando o urgente coro por parte do Supremo Tribunal Federal, logo ele que é o guardião da Constituição.⁶³

Jogam-se, contra dois Estados-membros da Federação, em grave crise federativa, todos os demais. Corre-se o risco para o qual adverte a doutrina⁶⁴, o de desfecharem-se os fenômenos conhecidos na dogmática como “rutura constitucional” e “fraude à Constituição”.

⁶⁰ BECHARA, Evanildo. *Op. Cit.*, p. 403.

⁶¹ (Feita deliberação do Senado enviada à Câmara).

⁶² VERDÚ, Pablo Lucas; *El Sentimiento Constitucional: Aproximación al Estudio Del Sentir Constitucional Como Modo de Integración Política*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1985, p. 186.

⁶³ (Art. 102, CF/88).

⁶⁴ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.*, pp. 224-225.

A “fraude à Constituição” e a “ruptura constitucional”

Jorge Miranda classifica as rupturas constitucionais não revolucionárias no gênero das vicissitudes constitucionais quanto ao modo, e expressas quanto à sua espécie.⁶⁵

Georges Burdeau tece, acerca delas, relevantes considerações que admitem a possibilidade da imbricação daquele fenômeno com o das fraudes à Constituição⁶⁶.

No mesmo contexto, Canotilho e Gomes lecionam que, a ruptura operada pelo legislador de revisão pode ser, como vamos ver em seguida, não a forma de, através da exceção, atuar a Constituição, mas o meio de, pela exceção, defraudar a Constituição.⁶⁷

A admissibilidade incontrolada de rupturas pode servir para substituir o legislador constituinte pela maioria parlamentar requerida para a revisão. Por esta via se desemboca nas manipulações constitucionais, conducentes a um conglomerado de rupturas, constitutivas de uma outra Constituição, substancialmente diferente da Constituição desenhada pelo poder constituinte. O fenômeno da fraude à Constituição (*Verfassungsbeseitigung*) é um fenômeno tornado possível pelo mecanismo das rupturas constitucionais.⁶⁸

E Canotilho e Gomes, logo em seguida, exemplificam que, basta lembrar que a edificação do regime fascista em Itália, a instauração do nacional-socialismo na Alemanha, a construção do regime de *Vichy*, em França, assentaram sempre nisso: o governo que chegou ao poder através das eleições ou de outros processos relativamente legais, pressiona o órgão de revisão para este alterar ou ‘romper’ a constituição de acordo com os seus projetos políticos, para, a partir do regime constitucional excepcional, se edificar um modelo político totalmente dissonante em relação ao modelo do legislador constituinte.⁶⁹

No Brasil, com o novo projetado rateio das “participações” no resultado da exploração do petróleo, vem-se fomentando algo assim intolerável, com uma particularidade, a de alterar-se a Constituição através de norma infraconstitucional, de lei ordinária. A Constituição do constituinte originário que fique para lá, eis que uma outra Constituição, rebelde àquela, se desenha pela lei ordinária, pela maioria oportunista.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 177.

⁶⁶ La fraude à la constitution. - La violation du principe de la limitation du pouvoir constituant institué aboutit à une pratique que l'on a heureusement qualifiée la fraude à la constitution. Cette pratique que trois révolutions autoritaires (la révolution fasciste en Italie, la révolution nationale-socialiste et la 'révolution nationale' de 1940) utilisèrent parmi leurs instruments de réalisation, consiste ceci: un gouvernement arrivé au pouvoir par des procédés légaux fait pression sur l'organe de révision pour que celui-ci transforme la constitution ou même en établisse une nouvelle. *Citado in*: BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique. Tome IV*. França: LGDG, 1969, pp. 250-252.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 226.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 227.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Op. Cit.* p. 228.

E esquecem, ou fingem esquecer, que a regra que a Constituição estabelece para “participação no resultado da exploração de petróleo” (art. 20, § 1º) é a mesma para “recursos hídricos para fim de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais”. Não interessa respeitá-la também quanto a isto.

Esquecem que há possibilidade de solução aos reclamos dos entes não produtores, qual a de que, em sendo a União também beneficiária do produto do § 1º do art. 20 da Carta, e como é, ela, o conjunto, ‘comunidade jurídica total’, que se compõe de todos os entes da Federação, pode distribuir parte de sua ‘participação’ aos entes não produtores, afinal, aos seus componentes. Sem, contudo, expulsar desta fração assim redistribuída, advirta-se, os entes produtores. Mas, nunca, o projeto igualar, como iguala, produtores e não produtores e retirar daqueles para dar a estes. Isto é inconstitucional, agride “limitação constitucional”.

Conclusão

Diante de tal panorama, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a cumprir sua missão de guardião da Constituição e enfrentar o problema, solvê-lo, firmemente, em bem de seus deveres constitucionais. É sua obrigação. Como bem acentuou o Ministro Celso de Mello, no discurso em que saudou a posse do Presidente da Corte, o Ministro Ayres Britto: cumpre ao Supremo, ... na resolução dos problemas e na superação dos permanentes desafios com que se defronta esta Corte em sua condição de guardião da Constituição da República, sempre objetivando, na consecução das altas finalidades institucionais do Estado, o constante aperfeiçoamento do sistema de administração de justiça, para que este se revele processualmente célere, tecnicamente eficiente, politicamente independente e socialmente eficaz.

Vale dizer, sem temer a opinião pública, sobretudo, se manipulada por interesses amesquinhantes da Magna Carta.

Referências bibliográficas

- BECHARA, Evanildo. *Moderna Gramática da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres Britto. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Forense, 2003.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique. Tome IV*. França: LGDG, 1969.
- CANOTILHO, J. J.; GOMES, J.; *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo II*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Ática, 1974.
- STF, Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Brasília-DF: Brasiliense, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional e Financeiro: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Vol. I. São Paulo: Renovar, 2009.
- VERDÚ, Pablo Lúcas; *El Sentimiento Constitucional: Aproximación al Estudio Del Sentir Constitucional Como Modo de Integración Política*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1985.