

FACULDADES DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

SOFIA VAREJÃO FILGUEIRAS

**A VINCULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS AOS DIREITOS SOCIAIS
E OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO**

SOFIA VAREJÃO FILGUEIRAS

A VINCULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS AOS DIREITOS SOCIAIS E OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora das Faculdades de Vitória - FDV, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz.

Vitória
2006

SOFIA VAREJÃO FILGUEIRAS

**A VINCULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS AOS DIREITOS SOCIAIS
E OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Orientador

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães

Vitória, ____ de _____ de 2006.

A Deus, pela vida.

A meus avós e a meus pais, pelo exemplo.

Ao meu amor e a meu irmão, pela compreensão.

Aos meus professores, pelo incentivo.

Ao meu orientador, pela confiança.

“Tais e tantas são as vantagens do petróleo, que o fedorento sangue da terra passou a ser o sangue da indústria, das finanças, do poder e da soberania dos povos.”

Monteiro Lobato

RESUMO

Busca analisar se os Municípios estão vinculados aos direitos fundamentais sociais no tocante à aplicação dos *royalties* do petróleo e do gás natural. No que tange ao método, optou-se pelo dialético e pela abordagem qualitativa. No tocante às técnicas de pesquisa, escolheu-se a documentação indireta, por meio da pesquisa documental constante da análise jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal. Já quanto à pesquisa bibliográfica foi feito levantamento na doutrina pátria e estrangeira (especialmente alemã e portuguesa). Chegou-se às seguintes conclusões. Resta pacífico com o artigo 1º da Constituição que os Municípios integram a Federação, em paridade com os demais entes federativos. O “interesse local” previsto no artigo 30 relaciona-se com os direitos fundamentais, sobretudo os sociais concernentes à educação e à saúde. Direitos humanos são universais e se situam no âmbito internacional e os fundamentais no texto constitucional. Possuem quatro dimensões: a primeira referente aos direitos civis e políticos; a segunda relativa aos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira concernente aos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade; os contestáveis direitos de quarta dimensão consistem no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Prefere-se o termo dimensão e não geração para se evitar o equívoco de se entender que há exclusão de direitos, pois existe soma deles. A Constituição consagrou direitos fundamentais sociais, negativos e positivos, todavia estes por dependerem de prestações estatais não são concretizados. Para evitar isto, textos constitucionais da Alemanha, de Portugal e da Espanha expressamente vinculam os Poderes públicos aos direitos fundamentais. Apesar da Carta brasileira não possuir disposição idêntica, todas as funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) estão vinculadas aos direitos fundamentais, sendo este o sentido do princípio da aplicação imediata consagrado no §1º do artigo 5º. A vigente crise do Estado social aponta para um novo paradigma em que a concretização dos direitos fundamentais sociais torna imprescindível considerar a vinculação das entidades públicas e afastar teorias que quando mal interpretadas podem impedir políticas públicas: das normas constitucionais programáticas; da reserva do possível e da separação dos poderes. Torna-se relevante o direito constitucional a *royalties*, previsto no §1º do artigo 20, atinente à exploração e à

produção de petróleo ou de gás natural, a serem pagos pelos concessionários e destinados aos Estados, ao Distrito Federal, a órgãos da União e aos Municípios, sobretudo os recursos percebidos por este último que não têm mais um aproveitamento previsto na legislação, pois a “Lei do Petróleo” revogou a Lei nº 2.004/1953, que previa a sua aplicação em seis esferas taxativas. O país demorou quase sete décadas para atingir a sonhada auto-suficiência em petróleo, resta a esperança de que os Municípios e as entidades públicas não levem tanto tempo para se conscientizar de sua vinculação aos direitos fundamentais sociais na aplicação dos finitos *royalties* em políticas públicas para realizá-los, afinal é apenas aparente a inexistência de norma nesse sentido, devendo-se ir além do positivismo formalista e se levar em conta que o Direito é um sistema aberto.

Palavras-chave: vinculação. direitos sociais. *royalties*.

ABSTRACT

Search to analyze if the Municipalities are obliged to the social fundamental rights concerning the application of the royalties of the petroleum and of the natural gas. With respect to the method, it opted for the dialectic and for the qualitative approach. Concerning the research techniques, it was chosen the indirect documentation, through the research documental constant of the analysis jurisprudencial of decisions of Federal Supreme Court. Already as for the bibliographical research it was made rising in the doctrine homeland and foreigner (especially german and portuguese). It was reached the following conclusions. It remains peaceful with the article 1st of the Constitution that the Municipalities integrates the Federation, in parity with the others federal beings. The "local interest" foreseen in the article 30 link with the fundamental rights, excessively the social ones concerning to the education and the health. Human rights are universal and they locate in the international sphere and the fundamental ones in the constitutional text. They possess four dimensions: the first regarding the civil and political rights; the second is relative to the social, economical and cultural rights; the third regarding the rights to the development, to the environment, to the peace and the fraternity; the questionable rights of fourth dimension consist of the right to the democracy, to the information and to the pluralism. The term dimension is preferred and not generation to avoid the misunderstanding of understanding that there is exclusion of rights, because exist sum of them. The Constitution consecrated, negative and positive, social fundamental rights though these because depend on state installments are not rendered concrete. To avoid this, constitutional texts of Germany, of Portugal and of Spain expressly obliged the public Powers to the fundamental rights. In spite of the brazilian Constitution doesn't have identical disposition, all of the state functions (Legislative, Executive and Judiciary) they are obliged to the fundamental rights, being this the sense of the beginning of the immediate application consecrated in the §1st of the article 5th. The effective crisis of the social State appears for a new paradigm in that the materialization of the social fundamental rights turns indispensable to consider the obligation of the public entities and to move away theories that when badly interpreted can impede public politics: of the constitutional

programmatic norms; of the reservation of the possible and of the separation of the powers. It becomes relevant the constitutional right the royalties, foreseen in the §1st of the article 20, concerning the exploration and the production of the petroleum or of the natural gas, to be paid by the concessionaries and destined to States, to Federal district, to organs of the Union and to the Municipalities, above all the resources noticed by this last one that they don't have anymore an advantage foreseen in the legislation, because the "Law of the Petroleum" revoked the Law nº 2.004/1953, that it foresaw your application in six categorical spheres. The country was almost long seven decades to reach it dreamed self-sufficiency in petroleum, it remains the hope that the Municipalities and the public entities don't take so much time to become aware from their obligation to the social fundamental rights in the application of the finite royalties in public politics to accomplish them, after all it is only apparent the norm inexistence in that sense, should leave besides the formalistic positivism and to take into account that the Right is an open system.

Keywords: obligation. social rights. royalties.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Descobertas de petróleo no Brasil em 2004.....	92
Tabela 2 – Evolução da arrecadação dos <i>royalties</i> no Brasil de 1997 a 2004	104
Tabela 3 – Distribuição dos <i>royalties</i> no Brasil entre 1997 a 2004.....	105
Tabela 4 – 10 Municípios com maior PIB per capita de 1999 a 2002	107

LISTA DE ABREVIATURAS

AgR – Agravo regimental

Art. – Artigo

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

CF – Constituição Federal

CNP – Conselho Nacional do Petróleo

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral

FMI – Fundo Monetário Internacional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – Página

PIB – Produto interno bruto

Pnud – Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento

MME – Ministério de Minas e Energia

MS – Mandado de segurança

RE – Recurso extraordinário

RJ – Rio de Janeiro

SGMB – Serviço Geológico e Minerológico do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STN – Secretaria do Tesouro Nacional

T. – Turma

V. - Volume

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	07
1 INTRODUÇÃO.....	13
2 PACTO FEDERATIVO.....	19
2.1 A FEDERAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES A 1988	22
2.2 A FEDERAÇÃO E OS MUNICÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	24
2.2.1 O Município.....	27
2.2.2 Os Municípios no tempo e no espaço	29
2.2.3 Municípios no Brasil, interesse local e direitos fundamentais.....	30
3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
3.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	42
3.2.1 Direitos sociais prestacionais.....	45
4 A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
4.1 VINCULAÇÃO DO LEGISLATIVO.....	54
4.2 VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO	57
4.3 VINCULAÇÃO DO EXECUTIVO.....	59
5 CRISE DO ESTADO SOCIAL.....	62
5.1 NORMAS PROGRAMÁTICAS	66
5.2 RESERVA DO POSSÍVEL	69
5.3 SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	71
6 O PETRÓLEO.....	76
6.1 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA RENDA PETROLÍFERA	80
6.1.1 Holanda	81
6.1.2 Venezuela	81
6.1.3 Noruega	82
6.1.4 Alaska	82
6.1.5 Chade	83
6.1.6 Grã-Betanha	84
6.2 NORMATIZAÇÃO DO PETRÓLEO NO PAÍS.....	85
6.3 OS <i>ROYALTIES</i> NO BRASIL	94
6.4 EXPERIÊNCIA NACIONAL DA APLICAÇÃO DOS <i>ROYALTIES</i>	106
6.4.1 Município de Campos dos Goytacazes.....	109
6.4.2 Município de Macaé.....	109
6.4.3 Município de Quissamã.....	110
6.5 O DIREITO COMO SISTEMA ABERTO E A VINCULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS AOS DIREITOS SOCIAIS NA APLICAÇÃO DOS <i>ROYALTIES</i>	111
7 CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS.....	124

ANEXOS	132
ÍNDICE	136

1 INTRODUÇÃO

A temática da presente dissertação gira em torno da questão da vinculação dos Municípios brasileiros aos direitos fundamentais sociais.

Para delimitar com clareza o assunto escolhido, analisar-se-á considerando os *royalties* decorrentes do petróleo e do gás natural, bem como sua aplicação na concretização dos direitos fundamentais sociais, vez que o momento se revela oportuno ante a conquista da sonhada auto-suficiência nacional em 2006 com a entrada em operação da plataforma da P-50 na Bacia de Campos no Estado do Rio de Janeiro e graças ao domínio da exploração em águas profundas e ultraprofundas, com o aumento das descobertas e da produção, bem como via de consequência das rendas petrolíferas, dentre elas, dos *royalties*.

Serão objetos de pesquisa os *royalties* pagos pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou de gás natural destinados tão somente aos Municípios (e não aos órgãos da União ou aos Estados) porque consistem em recursos sem um aproveitamento específico previsto na legislação pátria.

O art. 7º da Lei nº 7.525/1986, que alterou o §3º do art. 27 da Lei nº 2.004/1953, preceituava taxativamente que os *royalties* do petróleo e do gás deveriam ser aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios nas seguintes esferas: energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico. Contudo, a Lei nº 9.478/1997 (conhecida como a “Lei do Petróleo”) revogou a Lei nº 2.004/1953 e assim atualmente não há mais previsão legal quanto à aplicação dos *royalties* recebidos pelas prefeituras brasileiras.

Trata-se de assunto extremamente relevante para a sociedade contemporânea, especialmente para os países em desenvolvimento produtores de petróleo, como é o caso do Brasil em que os *royalties* advindos do petróleo e do gás natural podem significar a oportunidade dos Municípios concretizarem os direitos fundamentais

sociais num Estado social em crise que não consegue atender às demandas essenciais da sua população.

De fato, a notória crise do Estado social brasileiro torna relevante e imperioso – sobretudo para os Municípios onde os cidadãos efetivamente residem – o direito a *royalties*, previsto no parágrafo 1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988 como compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e de produção de petróleo ou de gás natural aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgãos da União (ao Comando da Marinha e ao Ministério da Ciência e da Tecnologia).

Diante de tal contexto, também aparecem preocupações no Brasil em decorrência da indústria petrolífera ante o possível crescimento populacional, o aparecimento de favelas e a elevação da violência. Contudo, a exploração do petróleo no país já é uma realidade e sendo uma fonte de energia exaurível, o Estado, de modo especial, os Municípios, devem aprender com experiências positivas e negativas, estrangeiras e brasileiras, e procurar usar os *royalties* para desenvolver políticas públicas que implementem os direitos fundamentais sociais, sobremaneira os insculpidos no art. 6º e no Capítulo II do Título II da Constituição Federal.

A escolha do tema decorreu da constatação de que no país pouco se estuda a respeito, sobretudo com o enfoque proposto, bem como em virtude de se verificar a necessidade de realização dos direitos fundamentais sociais, muito embora já estejam consagrados expressamente no texto constitucional.

Além disso, elegeu-se a temática em razão de vivência profissional no ramo da indústria petrolífera, do conhecimento do direito constitucional a *royalties*, da constatação de que hodiernamente não há previsão legal sobre a aplicação deste tipo de receita com relação aos Estados e aos Municípios, bem como em função do recente destaque dado pela mídia brasileira em torno do assunto, inclusive divulgando suspeitas de utilização indevida de tais recursos por governos municipais. Ademais, há a possibilidade de mudança da legislação com o Projeto de Lei nº 1.618 de 2003, de autoria do Deputado Mauro Passos, em trâmite no Congresso Nacional, prevendo nova distribuição dos *royalties* em que todos os

Municípios brasileiros receberiam (produtores ou não) e o Projeto de Lei nº 23 de 2005, do Deputado Jurandy Loureiro, em trâmite na Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, estipulando aplicação de tais recursos pelos Municípios em saúde, educação, infra-estrutura, desenvolvimento, saneamento, revitalização da estrutura pesqueira e proibindo com gastos de custeio.

Como se não bastasse, durante o curso de especialização em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, notou-se que no Brasil ainda se questiona acerca da vinculação do Poder Público (inclusive na esfera municipal) aos direitos fundamentais, principalmente aos sociais, existindo teorias desfavoráveis que impedem sua implementação plena, tais como: a da norma programática, a da reserva do possível e da separação dos poderes.

A Constituição Federal de 1988 não previu expressamente a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, limitando-se a estipular o princípio da aplicação imediata no §1º do artigo 5º, diferentemente dos textos constitucionais de países europeus tais como da Alemanha, da Espanha e de Portugal, que consagraram tal vinculação. Nesse diapasão, na presente pesquisa torna-se forçoso ir além do positivismo formalista.

Cumprir registrar que os estudos jurídicos específicos no Brasil sobre a vinculação do Poder Público ainda são escassos, destacando-se as obras de Ingo Wolfgang Sarlet¹ e do Ministro Gilmar Ferreira Mendes,² muito embora a maior parte dos trabalhos científicos esteja efetivamente dentre os doutrinadores estrangeiros, a saber: José Joaquim Gomes Canotilho,³ Jorge Miranda,⁴ José Carlos Vieira de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416 p.

² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Instituto brasileiro de direito constitucional, 1998. 478 p.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. t. IV.

Andrade,⁵ Robert Alexy⁶ e Konrad Hesse.⁷ Eis aí o referencial teórico da presente dissertação.

Daí surgiu a idéia de desenvolver uma pesquisa de modo a analisar acerca da vinculação dos Municípios brasileiros à realização dos direitos fundamentais sociais com relação à destinação dos *royalties* do petróleo e do gás natural, ante a aparente inexistência de norma nesse sentido, mas se levando em consideração que o Direito como fenômeno social é um sistema aberto.

Nesse sentido, o problema central desta pesquisa pode ser traduzido no seguinte questionamento: os Municípios brasileiros estão vinculados aos direitos fundamentais sociais no tocante à aplicação dos *royalties* do petróleo e do gás natural?

No que tange ao método adotado, optou-se pelo dialético e pela abordagem qualitativa, por aquele se basear na superação das antinomias e por este estudo não buscar alcançar resultados exatos, vez que o Direito se trata de um fenômeno social em constante mudança numa sociedade cada vez mais complexa.

Com relação às técnicas de pesquisa, escolheu-se a documentação indireta, por meio da pesquisa documental constante da análise jurisprudencial de decisões do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a temática. Além disso, quanto à pesquisa bibliográfica foi feito levantamento teórico, sobretudo acerca do entendimento da doutrina estrangeira e pátria, tais como: livros, artigos, revistas, jornais e legislações.

Ante os objetivos propostos, o presente estudo foi organizado da seguinte maneira:

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. _____ . **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

⁷ HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001. 88p. _____ . **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

Na primeira parte, evidenciar-se-ão noções sobre o pacto federativo, a Federação brasileira nas Constituições anteriores a 1988, a importante posição dos Municípios na Federação brasileira em face da Carta Magna vigente, as acepções de Município, bem como sua concepção no tempo e no espaço, além da sua relação prioritária no Brasil na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os sociais concernentes à educação e à saúde considerados essenciais para o exercício pleno da cidadania, sob a perspectiva do interesse local, previsto nos incisos do art. 30 do texto constitucional.

Em seguida, identificar-se-ão os direitos humanos e fundamentais, suas gerações ou dimensões e de modo especial os direitos fundamentais sociais considerados de segunda dimensão, bem como algumas de suas classificações e especificidades, principalmente dos ditos prestacionais.

Posteriormente, tratar-se-á da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais já consagrada nas Constituições alemã, portuguesa e espanhola, bem como do §1º do art. 5º do texto constitucional brasileiro que traz a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ressaltando-se que não será objeto de estudo a eficácia privada ou horizontal, mas tão somente a vinculação dos poderes públicos: Legislativo, Judiciário e Executivo.

Também, abordar-se-á a vigente crise do paradigma do Estado social, salientando-se inclusive o caso brasileiro, e as doutrinas que são empregadas como obstáculos à realização dos direitos fundamentais sociais, dentre elas: as normas programáticas, a reserva do possível e a separação dos poderes.

Por fim, contextualizar-se-á o petróleo no âmbito internacional e nacional até a conquista da auto-suficiência em 2006, dando-se destaque às rendas petrolíferas e dedicando-se também a abordar a regulamentação dessa indústria no país mais detalhadamente sobre os *royalties* do petróleo e do gás natural (inclusive tratando dos Projetos de Lei em trâmite a respeito, notadamente um deles que pretende estender a todos os Municípios produtores ou não o recebimento de tais rendas) que, assim como os hidrocarbonetos, são finitos, citar-se-ão exemplos de experiências estrangeiras (Holanda, Venezuela, Noruega, Alaska, Chade e Grã-

Bretanha) e brasileiras (Municípios de Campos dos Goytacazes, Macaé e Quissamã), positivas e negativas, concluindo-se com a análise do Direito como sistema aberto e a vinculação dos Municípios brasileiros aos direitos fundamentais sociais na aplicação de tais recursos, por meio de políticas públicas.

2 PACTO FEDERATIVO

“Os cidadãos moram nos Municípios e não na União”.

Celso Ribeiro Bastos

A auto-suficiência em petróleo já é uma realidade no país, o aumento das descobertas e sobremaneira da produção estão proporcionando o crescimento dos recursos decorrentes, sobretudo na forma de *royalties*, destinados à Federação brasileira, porém (em tese, conforme se verá ao longo do presente estudo) sem uma aplicação vinculada no tocante aos dedicados aos Municípios, os quais ante a notória crise do Estado social devem aproveitar tais rendas para concretizar os direitos fundamentais sociais.

Dalmo de Abreu Dallari⁸ preleciona que o vocábulo Federação etimologicamente vem do latim *foedus* e significa pacto ou aliança. Nesse sentido, o Estado Federal trata-se de uma união de Estados, sendo uma forma de Estado e não de governo. De acordo com as classificações tradicionais, os Estados são unitários quando possuem um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político, sendo federais quando conjugam vários centros de poder político autônomo.

Contudo, para José Luiz Quadros de Magalhães⁹ há quatro (e não apenas dois) modelos básicos de formas de Estado, a saber: unitário, federal, regional e autonômico. Preleciona que o Estado unitário se revela do ponto de vista estrutural e administrativo como um modelo inadequado a um Estado que se encontre em processo de democratização, por admitir somente um centro produtor de normas, um Poder Judiciário e um Poder Executivo. Por outro lado, o Estado Federal possui uma estrutura estatal mais adequada e democrática ao permitir maior descentralização, não subordinada à autoridade superior, em matérias e em espaços territoriais de competência administrativa, legislativa ou jurisdicional das autonomias políticas. O Estado unitário teria aos poucos sido alterado, ocorrendo uma descentralização administrativa territorial que evoluiu, sendo o Estado regional o

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 215-216.

⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 46-48.

modelo intermediário entre o unitário e o federal, assim como o autonômico de igual modo se revela intermediário, com modificações próprias nas regiões da Espanha.

Oportuno, assim, citar exemplos de Estados unitários: Paraguai, Chile (art. 3º da Constituição chilena) e Uruguai.¹⁰ Nota-se que são de pequena extensão territorial.

Montesquieu usava indiferentemente as expressões confederação, membros confederados, república federativa e constituição federativa. Todavia, atualmente vislumbra-se diferença entre confederação e federação. O primeiro ocorria quando Estados soberanos se uniam para a defesa de seus territórios ou fronteiras para um fim de ordem pública ou para a gestão de determinados interesses comuns determinados no pacto de Estados independentes, conservando, entretanto, cada um deles, inteira autonomia administrativa, militar, judiciária e diplomática, ou seja, a soberania própria. A título histórico, pode-se apontar a Confederação Suíça que remonta a 1291 quando os cantões de Uri, Unterwalden e Schwytz se uniram para sustentar sua independência e liberdade contra o príncipe Alberto. Por sua vez, Federação ou Estado federal se dá quando os Estados soberanos que se ligam renunciam em favor do poder federal quanto a maior ou a melhor parte das suas prerrogativas, a união que pressupõe uma constituição federal, com um governo dotado de todos os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).¹¹

Ante os objetivos propostos focou-se o presente estudo na Federação, cuja concepção moderna apareceu com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, na medida em que as treze ex-colônias inglesas decidiram abdicar de uma parte de suas soberanias, tornando-se autônomas e constituindo um novo Estado soberano. Surgia a Federação como associação de Estados pactuada por meio da Constituição, objetivando distribuir o poder e preservar a autonomia dos entes políticos que a compõem.¹²

Muitos países, principalmente de grande extensão territorial, adotam atualmente o federalismo como forma de Estado, podendo-se nomear, a título de exemplo,

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

¹¹ CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e a república brasileira**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 21-22.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71.

Estados Unidos da América, Canadá, Brasil, México, Índia, Alemanha, Austrália, Áustria, Argentina, Suíça, dentre outros.

Com efeito, resta evidente que o pacto federativo ou Estado federal ou Federação ou “federalismo” expressa, como princípio fundamental político, a livre unificação de totalidades políticas diferenciadas, fundamentalmente, com os mesmos direitos, em regra regionais que, deste modo, devem ser unidas para colaboração comum.”¹³

Todavia, ao longo da história, nota-se que a formação da Federação pode ocorrer por processos diferentes. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴ salienta que o federalismo por agregação ocorreu nos Estados Unidos, na Alemanha e na Suíça na medida em que o Estado federal resultou de uma reunião de Estados que a ele pré-existiam e que veio a eles se superpor. Já no Brasil se deu o federalismo por segregação em que o Estado unitário do Império, ante a imperativos políticos de salvaguarda das liberdades e de eficiência, descentralizou-se gerando Estados “subpostos” a ele.

A Federação pode conter entes homogêneos ou heterogêneos, no primeiro caso reunirá uma pluralidade tão somente de Estados-Membros, inexistindo entes de outras categorias, é o que se verifica nas Constituições dos Estados Unidos da América, México, Argentina, Venezuela, Áustria, Alemanha, Canadá, Índia, Suíça e Austrália. Já no segundo caso da forma federativa conterà uma pluralidade de entes heterogêneos, não se limitando a categoria de Estados-Membros, podendo-se mencionar os exemplos do federalismo da Bélgica em que sua Constituição determina que o Estado Federal será constituído por três comunidades e três regiões e da Federação brasileira composta atualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.¹⁵

Contudo, considerando o escopo do presente estudo, vale analisar os textos constitucionais brasileiros e verificar se o país sempre foi uma Federação composta por tais entes.

¹³ HESSE, 1998, p. 180-181.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 44-45.

¹⁵ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 451-452.

2.1 A FEDERAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES A 1988

A primeira Constituição brasileira de 25 de março de 1824 estabelecia no seu artigo 1º que: “O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma Nação livre e independente que não admite com qualquer outra laço algum de união ou federação, que se oponha à sua independência”.¹⁶

Assim, apesar de já existir o ideal federativo no país, nota-se que a Carta imperial outorgada de 1824 instituiu a forma do Estado unitário descentralizado,¹⁷ dividiu o território brasileiro em Províncias que eram administradas por um “presidente” nomeado pelo imperador e exonerável *ad nutum*.¹⁸ Além disso, consagrava a monarquia como forma de governo.

Tão somente em 15 de novembro de 1889, por força do Decreto nº 1, surgiu juntamente com a República a forma federativa pela desagregação do Estado unitário.¹⁹

De fato, a Constituição de 1891 foi a primeira a estabelecer a República e a Federação no Brasil, nos exatos termos do seu artigo 1º:

Art. 1.º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.²⁰

A Federação foi conservada pela Constituição brasileira de 1934 no seu artigo 1º, contudo eram considerados entes federativos tão somente os Estados, o Distrito Federal e os Territórios:

Art. 1.º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do

¹⁶ BRASIL. **Constituições do Brasil:** de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, v. 1, p. 17.

¹⁷ FERREIRA FILHO, 1990, p. 47.

¹⁸ BULOS, 2003, p. 57.

¹⁹ BASTOS, 1994, p. 71.

²⁰ BRASIL, op. cit., p. 87.

Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.²¹

A Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 também não considerava o Município como ente federativo, tendo adotado a forma federal em seu artigo 3º, nos seguintes termos: “O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial”.²²

O artigo 1º da Lei Fundamental brasileira de 1946 expressamente acolheu a forma federativa: “Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República”, bem como em seu artigo 28 assegurava a autonomia dos Municípios.²³

Hely Lopes Meirelles,²⁴ já em 1957, sustentava que o Município brasileiro faz parte e é peça essencialíssima da Federação desde a Constituição de 1946, que o instituiu como entidade político-administrativa de terceiro grau, integrante e necessária ao sistema federativo: União, Estados e Municípios.

Por sua vez, na Constituição Federal de 1967 e na de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) formalmente constavam como forma de Estado o federalismo, tendo ambas, inclusive, redação idêntica para o artigo 1º: “O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.²⁵

Com efeito, tão somente com a promulgação da Constituição da República em 1988, atualmente em vigor, foi dada a devida importância aos Municípios no tocante à sua efetiva participação na Federação brasileira em paridade com os demais entes federativos, conforme se verá no próximo tópico.

²¹ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 141.

²² Ibid, p. 195.

²³ Ibid, p. 261;266.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 39.

²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 190.

2.2 A FEDERAÇÃO E OS MUNICÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 fez constar expressamente o Município no pacto federativo brasileiro logo em seu 1º artigo, nos seguintes termos: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...”.²⁶

Isto por si só já revela um grande avanço na medida em que os municípios não constavam nas constituições brasileiras anteriores como parte efetiva do pacto federativo, ou seja, da união dos entes federativos, que de acordo com o art. 60, §4º, inciso I, da Lei Fundamental vigente, trata-se de cláusula pétrea sendo vedada sua abolição inclusive por emenda constitucional.

O artigo 18 da Carta Magna de 1988 também incluiu os municípios na Federação ao dispor que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.²⁷

Paulo Bonavides²⁸ destaca o caráter decisivo, inédito e inovador do artigo 18 da Constituição Federal que inseriu os Municípios na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil como terceira esfera de autonomia junto com o Distrito Federal, modificando profundamente a tradição dual do federalismo brasileiro e introduzindo a dimensão trilateral do novo modelo de Federação.

A Constituição atual também dedicou o Capítulo IV aos Municípios, estabeleceu no artigo 29 que estes seriam regidos por lei orgânica votada em dois turnos, bem como determinou nos artigos 30 e 31 a sua competência e a sua fiscalização.

²⁶ Constituição (1988). In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 21.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 344-345.

Apesar disso, José Nilo de Castro²⁹ nega peremptoriamente que o Município brasileiro seja ente federativo, pois entende que a Federação não é composta por Municípios, mas de Estados, sendo os únicos entes federativos o Estado Federal e os Estados-Membros ou federados, consubstanciando-se esta no exercício de suas leis fundamentais da autonomia e da participação. Também, argumenta que não se verifica a participação dos Municípios na formação da Federação, não tendo estes representação no Senado Federal, como possuem os Estados federados, não podendo propor emendas à Constituição Federal a teor do art. 60 da Carta de 1988, como o podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário ou Tribunal de Contas (exceto São Paulo e Rio de Janeiro) e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal (STF).

Com idêntico posicionamento, José Afonso da Silva³⁰ sustenta que a tese adotada pela Constituição Federal de 1988 é equivocada por entender que os Municípios são divisões político-administrativas dos Estados e não entidades federativas na medida em que não haveria Federação de Municípios, mas tão somente de Estados.

Também para Uadi Lammêgo Bulos³¹ a inclusão do Município na Federação brasileira foi absurda e uma aberração porque não existiria Federação de Municípios na medida em que este seria mera divisão política do Estado federado, não tendo assento no Senado Federal.

Concorda-se com José Luiz Quadros de Magalhães quando sustenta que a Federação brasileira possui três níveis, sendo os Municípios o terceiro, e que nenhuma das objeções levantadas pelos autores brasileiros supracitados são

... suficientes para se contrapor à inovação constitucional que concedeu poderes constituintes municipais de terceiro grau, com a capacidade de auto-organização de seus poderes legislativos e executivos e autogoverno, o que caracteriza a autonomia política típica de uma federação.³²

²⁹ CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 45-46.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 450-451.

³¹ BULOS, 2003, p. 75.

³² MAGALHÃES, 1999, p. 119.

Com igual posicionamento, pode-se citar Hely Lopes Meirelles³³ para quem o Município integra a Federação como entidade de terceiro grau, nos exatos termos dos artigos 1º e 18 da Carta de 1988, a qual corrigiu falha das anteriores, pois não se justificava a sua exclusão na medida em que sempre foi peça essencial da organização político-administrativa brasileira.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴ ressalta que a Constituição de 1988 ao prever o Município como entidade federativa no artigo 1º, conferindo-lhe competência e lhe discriminando rendas nos artigos 30 e 156, encerrou polêmica doutrinária em torno da omissão no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Nesse mesmo sentido, Pinto Ferreira³⁵ preleciona que o Município consiste numa unidade federativa, tendo a Carta Magna de 1988 lhe dado grande importância, a ponto de lhe conceder autonomia, competência e discriminação de rendas.

De igual modo, Celso Ribeiro Bastos sobre o Município na estrutura federativa brasileira dispõe que:

O princípio federativo brasileiro se traduz pela autonomia recíproca constitucionalmente assegurada da União, dos Estados Federados e dos Municípios. O Município é peça estrutural do regime federativo brasileiro, à semelhança da União e dos próprios Estados. A Constituição Federal estabelece uma verdadeira paridade de tratamento entre o Município e as demais pessoas jurídicas, assegurando-lhe autonomia de autogoverno, de administração própria e de legislação própria no âmbito de sua competência (arts. 29, I, e 30 e incisos).³⁶

Após a constatação de que o Município faz parte efetivamente da Federação brasileira, de acordo com o entendimento da maioria dos doutrinadores pátrios e conforme previsão expressa na atual Carta Política, passa-se a analisar o seu conceito, sua concepção no tempo e no espaço, bem como a sua relação com o interesse local e os direitos fundamentais.

³³ MEIRELLES, 1994, p. 36.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 59.

³⁵ FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 319.

2.2.1 O Município

Etimologicamente a palavra município é de formação erudita, sendo o vocábulo conselho o correspondente de formação popular, muito empregado em Portugal e nos séculos passados no Brasil. O termo latino *municipium* vem de *munus, eris* que significa obrigação, encargo, ofício e função, bem como *cipium* vem de *capio, is, cepi, captum, capere* que quer dizer por tomar, pegar e apanhar. De fato, sugere a existência de um pacto entre o poder-central e o grupo periférico.³⁷

Noutros termos, José Nilo de Castro³⁸ explica que o Município surge em Roma como título concedido a determinadas cidades conquistadas pelo exército romano, que em troca de sua obediência às leis romanas lhes eram concedidos privilégios, prerrogativas, tais como: o direito de continuarem a praticar o comércio e sua vida civil ou de elegerem seus representantes. Na língua latina, *munus, eris* significa dívida, privilégios e o verbo latino *capire* quer dizer receber. Logo, etimologicamente, Município pode ser entendido como aquela entidade que recebeu privilégios.

Ataliba Nogueira³⁹ define Município como uma associação (logo, com caráter corporativo) natural e legal (regido pelo direito e reconhecido pelo Estado) dos vizinhos (conjunto orgânico de homens e de famílias) para obtenção, no respectivo termo (ou território), dos serviços comuns.

Nas exatas palavras de Paulo Bonavides,⁴⁰ “o município, tanto quanto a família ou a tribo, antecede o Estado: é um *prius*; um valor dotado de mais ancianidade”.

No Brasil, segundo Celso Ribeiro Bastos⁴¹ “o Município pode ser definido como pessoa jurídica de direito público interno, dotado de autonomia assegurada na capacidade de autogoverno e da administração própria.”

³⁷ SOARES, Antônio Carlos Otoni. **A instituição municipal no Brasil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1986, p. 64.

³⁸ NUNES, José de Castro. **Do estado federado e sua organização municipal**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982, p. 26.

³⁹ NOGUEIRA, Ataliba. Teoria do município. **Revista de direito público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 6, out./dez., 1968, p. 13.

⁴⁰ BONAVIDES, 2003, p. 348.

De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho⁴², o Município é peça básica do sistema democrático.

Concorda-se com José Luiz Quadros de Magalhães quando preleciona que "o Município é o espaço da cidadania, devido à proximidade daqueles que necessitam das soluções concretas de seus problemas."⁴³

Com fundamento em tais entendimentos que se complementam e considerando que vários Municípios brasileiros estão recebendo cada vez mais recursos advindos do petróleo e gás natural, bem como ante a possibilidade de que todos (produtores e não produtores) percebam *royalties* caso seja aprovado o Projeto de Lei nº 1.618 de 2003 em trâmite no Congresso Nacional, surge a oportunidade de realizarem os direitos fundamentais sociais dos cidadãos que vivem num Estado social em crise, incapaz de atender às demandas essenciais da população, sobretudo no que diz respeito à educação e à saúde, direitos que são pressupostos para o exercício de uma cidadania plena.

Todavia, deve-se levar em consideração que a definição de Município está naturalmente vinculada ao fundamento histórico de cada país refletindo, em maior ou menor grau, na sua conceituação legal.⁴⁴ Tanto é verdade que, como já visto, no caso brasileiro a Constituição cidadã de 1988 foi a primeira a consagrar expressamente no art. 1º os Municípios como efetivos entes federativos e ainda assim há alguns doutrinadores contemporâneos que desaprovam tal opção entendendo que só há Federação de Estados e não de Municípios.

Diante disso, a seguir serão abordadas algumas acepções distintas de Município no tempo e no espaço, ou seja, ao longo da história e em diferentes países, para adiante se verificar a relação entre os Municípios brasileiros, o interesse local e os direitos fundamentais.

⁴¹ BASTOS, 2001, p. 319.

⁴² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 204.

⁴³ MAGALHÃES, 1999, p.132.

⁴⁴ NUNES, 1982, p. 46.

2.2.2 Os Municípios no tempo e no espaço

Para José de Castro Nunes,⁴⁵ na Antigüidade, determinado número de famílias formava o grupo (*fratria* em grego e *curia* em latim), que se multiplicaram formando as tribos, chegando à cidade. Os antigos não conceberam outra organização social e política além da cidade, sendo a pólis o mundo e bárbaro tudo que lhe era estranho. O regime romano se caracterizou pelo domínio de Roma sobre as outras cidades. Já o feudalismo não permitiu na sociedade medieval a formação de um poder central uno e forte. Como reação ao feudalismo, nasceu o municipalismo sob influência do direito canônico, dos juristas e da burguesia. Por volta dos séculos XII e XIII, surgiam os primeiros Estatutos das cidades italianas e a emancipação das comunas francesas.

O município como unidade político-administrativa surgiu com a República Romana, com o objetivo de manter a dominação pacífica das cidades conquistadas, assim às comunidades vencidas as quais eram concedidos direitos privados ou privilégio político de eleger seus governantes e dirigir sua cidade, eram consideradas Municípios.⁴⁶

Cada país possui uma concepção distinta. Apenas a título de exemplo: na Espanha, o regime local compreende as províncias, os municípios (*terminus*) e os *pueblos*. Na Itália, abarca a província, o circondário, o mandamento e a comuna. Já em Portugal, a estrutura local compreende o distrito administrativo, o Conselho ou Município e a paróquia ou freguesia. Na França, a organização local abrange quatro circunscrições diferentes: o departamento, o *arrondissement*, o cantão e a comuna.⁴⁷

Ainda exemplificando, apesar da Federação norte-americana se assemelhar à brasileira, as administrações locais são distintas e a Constituição americana não faz referência aos Municípios, nem lhes garante autonomia ou renda própria,⁴⁸ diferentemente da Carta brasileira vigente, conforme já visto, sendo imperioso examinar sua relação com o interesse local e os direitos fundamentais.

⁴⁵ NUNES, 1982, p. 24-26.

⁴⁶ MEIRELLES, 1994, p. 25.

⁴⁷ NUNES, 1982, p. 242;260-266.

⁴⁸ MEIRELLES, 1994, p. 39.

2.2.3 Municípios no Brasil, interesse local e direitos fundamentais

O Município brasileiro do romano só tem o nome, pois se formou naturalmente da vida social e da povoação da terra, não sendo criação do Estado ou circunscrição por ele instituída. Os portugueses colonizaram o país fixando-se na terra mediante as sesmarias, tendo os vizinhos se associado num dado momento em torno da capela, a qual seria a origem do município e do seu desenvolvimento (capela, curato, freguesia ou paróquia).⁴⁹

Durante o período colonial, os municípios careceram de qualquer relevância como unidade eficiente de governo, tendo o controle de sua política e de suas finanças pelos governos regionais e central diminuído ao extremo sua participação no desenvolvimento do Brasil.⁵⁰

A Constituição imperial de 1824 estabelecia no art. 167 que à Câmara competia o governo econômico e municipal das cidades e vilas. E no art. 71 reconhecia e garantia o direito do cidadão intervir nos negócios de suas Províncias (hoje Estados), imediatamente referentes a seus interesses peculiares.

Por sua vez, a Carta Republicana de 1891 em seu título III tratava do Município prevendo sua autonomia no art. 67: “Os Estados organizar-se-ão, por leis suas, sob o regime municipal, com estas bases: 1.º) autonomia do Município, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; 2.º) eletividade da administração local”.⁵¹ Como se pode notar foi o primeiro texto constitucional brasileiro a relacionar peculiar interesse ao Município, o qual atualmente na Carta Magna em vigor se denomina interesse local.

O texto constitucional de 1934 também dispunha sobre a autonomia municipal e sobre o seu peculiar interesse, nos seguintes termos:

⁴⁹ NOGUEIRA, Ataliba. Teoria do município. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 6, out./dez. 1968, p. 8-9.

⁵⁰ MELLO, Diogo Lordello de. **A moderna administração municipal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1960, p. 141.

⁵¹ BRASIL. Constituições, 1986, p. 77.

Art. 13 – Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente:

I – a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II – a decretação dos seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação das suas rendas;

III – a organização dos serviços de sua competência.⁵²

Portanto, nota-se que a Lei Fundamental de 1934 buscou fortalecer as instituições municipais, decretando a autonomia do Município quanto ao seu peculiar interesse e lhes destinou determinadas fontes de renda.⁵³

O artigo 26 da Carta de 1937 tinha redação praticamente idêntica ao do dispositivo supracitado, sobretudo no tocante à autonomia municipal e seu peculiar interesse previsto no *caput*, muito embora os textos dos incisos apresentassem alterações:

Art. 26 – Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente:

I – à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei;

II – a decretação dos impostos e taxas atribuídos à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados;

III – a organização dos serviços públicos de caráter local.⁵⁴

Já a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 28 consagrava a autonomia municipal garantindo administração própria quanto ao seu peculiar interesse:

Art. 28 – A autonomia dos Municípios será assegurada:

I – pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.⁵⁵

De fato, tal dispositivo supracitado do Texto Magno de 1946 resultou da intensa campanha municipalista que elevou consideravelmente as rendas dos Municípios,

⁵² Ibid, p. 146.

⁵³ MELLO, 1960, p. 141.

⁵⁴ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 200.

⁵⁵ Ibid, p. 266.

estabelecendo novas fontes de rendas e recebimento de determinados impostos federais e estaduais.⁵⁶

O texto constitucional de 1967, quanto à autonomia municipal e seu peculiar interesse, em seu artigo 16 possui algumas modificações com relação ao anterior:

Art. 16 – A autonomia municipal será assegurada:
I – pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa;
II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente quanto:
a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual;
b) à organização dos serviços públicos locais.⁵⁷

A Emenda Constitucional de 1969 quase repetiu o dispositivo acima no artigo 15, tão somente alterando a parte final do inciso I: “pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, em data diferente das eleições gerais para Senadores, Deputados federais e Deputados estaduais;”.

Na Constituição de 1988, a autonomia municipal está prevista no *caput* do artigo 18. Ademais, o artigo 30, inciso I, dispõe que: “Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;”⁵⁸. Logo, o texto constitucional em vigor substituiu a expressão “peculiar interesse” por “interesse local”.

Pinto Ferreira a respeito do interesse local e do Município ressalta que:

É verdade que o conceito de interesse local tem certa imprecisão, pois o interesse local se reflete sobre os interesses regionais ou nacionais, visto que o benefício acarretado a uma parte do todo melhora o próprio todo. Os interesses locais são os que dizem respeito às necessidades imediatas do Município, tendo influência sobre as necessidades gerais.⁵⁹

⁵⁶ MELLO, op. cit., p. 141.

⁵⁷ Ibid, p. 357.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição ..., 2005. p. 23 e 38.

⁵⁹ FERREIRA, 2002, p. 271.

Também para Celso Ribeiro Bastos,⁶⁰ os interesses locais se relacionam diretamente com as necessidades imediatas, muito embora José Nilo de Castro⁶¹ destaque a “... dificuldade em identificar o que é interesse local, em face de interesses gerais, públicos, da União e do Estado e de interesses dos particulares envolvidos, como os interesses de usuários, que podem conflitar com os coletivos”.

Hely Lopes Meirelles,⁶² com costumeira propriedade, salienta que o interesse local não se trata de interesse exclusivo do Município nem interesse privativo da localidade ou dos munícipes porque o que define e caracteriza o interesse local é a predominância do interesse do município sobre o do Estado ou o da União.

Ora, a Constituição de 1988 no mesmo art. 30, que menciona a debatida expressão “interesse local” no inciso I, dispõe nos incisos VI e VII que os Municípios são responsáveis por manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, bem como serviços de atendimento à saúde da população. Também nesse sentido, pode-se citar outros dispositivos constitucionais constantes do Título VII a respeito da ordem social, por exemplo, o §2º do art. 211 expressamente estabelece que os Municípios deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Destarte, concorda-se com o jurista José Luiz Quadros de Magalhães⁶³ quando assevera que para que haja democracia no país revela-se imperativo como pressuposto básico que a população seja portadora de direitos, principalmente os sociais (à saúde e à educação) e que cada um se sinta cidadão, integrando uma comunidade, sendo o Município o local mais propício para seu desenvolvimento pleno.

De modo a fortalecer a democracia brasileira, inclusive para se definir o que vem a ser de interesse local, torna-se relevante a maneira como se dá a escolha das prioridades dos Municípios quanto às despesas de capital, por isso há necessidade de orçamentos participativos em que as metas são discutidas diretamente com a

⁶⁰ BASTOS, 2001, p. 319-320.

⁶¹ CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 266.

⁶² MEIRELLES, 1994, p. 99.

⁶³ MAGALHÃES, 1999, p. 132.

própria comunidade e as medidas saneadoras para as carências, com força semi-vinculante para assegurar sua efetiva execução, pois a cidadania impulsiona a vinculação da realidade social com a realidade jurídica, somente existindo desenvolvimento econômico e social municipal quando se coloca em prática as idéias e valores constitucionais preservando o interesse público e dando ênfase aos anseios da comunidade local.⁶⁴

De acordo com o IBGE,⁶⁵ em 1940 o país tinha apenas 1.574 Municípios e em 2001 já eram 5.560. Se atualmente nem todas as prefeituras brasileiras podem contar com o recebimento de *royalties* para implementar políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais, com o aumento das descobertas, da produção e principalmente com a aprovação do Projeto de Lei nº 1.618/2003, em trâmite no Congresso Nacional, a tendência é que todos os governos municipais produtores ou não percebam tal renda petrolífera.

Portanto, muito embora seja difícil definir interesse local não resta dúvida que este se relaciona diretamente com os direitos fundamentais, especialmente os sociais concernentes à educação e à saúde, vez que devem ser concretizados prioritariamente pelo Município onde o cidadão efetivamente reside.

A seguir incumbe examinar os direitos humanos e fundamentais, suas dimensões, bem como de modo especial os direitos fundamentais sociais.

⁶⁴ MELO FILHO, Urbano Vitalino de. Perspectiva dos municípios na federação brasileira. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JUNIOR, Odilon (Coord.). **Novos rumos da autonomia municipal**. São Paulo: Max Limonad, p. 279; 283-284

⁶⁵ BRASIL em síntese. **IBGE**. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2006.

3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo da história a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem dificulta sua definição num conceito sintético e preciso, sobretudo ante o emprego de muitas expressões para denominá-los, a saber: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.⁶⁶

A definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados, sobressaindo a denominada concepção contemporânea implantada após a Segunda Guerra Mundial pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados, inovando ao combinar o discurso liberal da cidadania com o social, de modo a elencar tanto direitos civis e políticos quanto direitos sociais, econômicos e culturais.⁶⁷

Robert Alexy⁶⁸ ao conceituar os direitos do homem distingue-os de outros direitos pela combinação de cinco marcas, por serem direitos: universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Ademais, salienta que a codificação dos direitos do homem por uma constituição os transforma em direitos fundamentais.

Daury Cesar Fabriz salienta que as terminologias “direitos fundamentais” e “direitos humanos” não são sinônimas:

Os direitos fundamentais apresentam-se como gênero, do qual os direitos humanos são espécie. Direitos fundamentais, referindo-se àqueles direitos básicos do cidadão diante do Estado, são aqueles direitos inscritos em determinado texto constitucional. A expressão direitos humanos demonstra ser mais adequada quando nos referimos a certos direitos, inerentes ao próprio homem, compreendido esse em sentido universal.⁶⁹

⁶⁶ SILVA, 1997, p. 174.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaina Senne. **A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 77-78.

⁶⁸ ALEXY, 1999, p. 58 e 61.

⁶⁹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 231.

José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁰ adverte que os direitos fundamentais são direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional, vez que o local exato desta posituação jurídica é a Constituição, significando tal posituação a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo.

Celso Ribeiro Bastos⁷¹ prefere a expressão “liberdades públicas”, no entanto também registra o uso de direitos humanos ou individuais, que são prerrogativas que possui o indivíduo em face do Estado e se revelam num dos componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito.

Entretanto, Antonio Enrique Pérez Luño⁷² esclarece que os direitos humanos costumam ser entendidos como um conjunto de faculdades e de instituições que, em cada momento histórico, consubstanciam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos no âmbito nacional e internacional. Já direitos fundamentais se referem aos direitos humanos assegurados pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos no texto constitucional e costumam gozar de uma proteção reforçada. Também, avisa que as liberdades públicas não se confundem com direitos fundamentais, pois estes têm um significado mais amplo e compreendem, além das liberdades tradicionais, os novos direitos de carácter económico, social e cultural.

Jorge Miranda⁷³ justifica a preferência pela expressão “direitos fundamentais” – como direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas, individual ou institucionalmente previstos na Constituição formal ou material (assim há direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material), que se impõem a todas as entidades públicas ou privadas e que incorporam os valores básicos da sociedade – destacando que tal locução remonta principalmente à Constituição de Weimar, cujo emprego tende a generalizar-se, já presente nos textos constitucionais da Alemanha, de Moçambique, de Angola, da Espanha, da Bulgária e de Portugal.

⁷⁰ CANOTILHO, 2003, p. 377.

⁷¹ BASTOS, 2001, p. 173.

⁷² LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 46; 51.

⁷³ MIRANDA, 2000. p. 7; 51-52.

Na presente dissertação optou-se de regra pela expressão “direitos fundamentais”, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet,⁷⁴ porque a atual Lei Fundamental brasileira a adotou no título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, revelando uma inspiração do texto constitucional alemão e do português de 1976. Vale registrar que a Carta do Império de 1824 previa no título VIII “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”⁷⁵ (que foi a primeira do mundo a expressar, em termos normativos, os direitos do homem)⁷⁶; a Constituição de 1891 estabelecia no título IV tão somente “Declaração de Direitos”;⁷⁷ os textos constitucionais de 1937,⁷⁸ de 1946⁷⁹ e de 1967⁸⁰ (inclusive posteriormente à Emenda Constitucional de 1969⁸¹) igualmente dispunham “Dos Direitos e Garantias Individuais”.

No tocante ainda ao aspecto terminológico, Paulo Bonavides⁸² destaca que o uso mais freqüente das expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” se verifica entre os doutrinadores anglo-americanos e latinos, por sua vez direitos fundamentais aparentemente se restringe aos publicistas germânicos.

Norberto Bobbio⁸³ adverte que a terminologia “direitos do homem” pode causar equívocos ao se imaginar um homem abstrato, contudo os direitos humanos são produtos da civilização humana e não da natureza, sendo direitos históricos são mutáveis, passíveis de mudanças e ampliações.

Originariamente, os direitos humanos foram concebidos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, muito embora sua concretização também ocorra por intermédio desse mesmo Estado.⁸⁴

⁷⁴ SARLET, 2003, p. 32.

⁷⁵ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 32.

⁷⁶ BULOS, 2003, p. 100.

⁷⁷ BRASIL. op. cit., p. 78.

⁷⁸ Ibid, p. 213.

⁷⁹ Ibid, p. 286.

⁸⁰ Ibid, p. 391.

⁸¹ Ibid, p. 578.

⁸² BONAVIDES, 2003, p. 514.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32.

⁸⁴ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105.

Para Dalmo de Abreu Dallari,⁸⁵ “direitos humanos” é a abreviatura de direitos fundamentais da pessoa humana, que são fundamentais porque sem eles não se consegue existir ou se desenvolver e participar plenamente da vida. Direitos humanos consistem no conjunto – que deve ser garantido desde o nascimento – de condições mínimas necessárias para que as pessoas se tornem úteis à humanidade e de possibilidades de receber benefícios proporcionados pela vida em sociedade.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos ao outorgar aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados e também são elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, vez que tanto os que não garantem, primariamente, um direito subjetivo e aqueles concebidos como garantias individuais, compõem a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁸⁶

Como bem acentua Konrad Hesse,⁸⁷ os direitos fundamentais são elementos irrenunciáveis da democracia e do Estado de Direito, possuindo caráter duplo, porque por um lado são direitos subjetivos, direitos do particular, e por outro são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.

Portanto, assiste razão ao renomado autor Ricardo Lobo Torres ao analisar os diversos direitos de acordo com as suas dimensões temporais, afastando o historicismo escatológico e apresentando o conceito atual de cidadania que abrange “... os direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos, em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam.”⁸⁸

A seguir se examinará a classificação dos direitos em gerações ou dimensões, dando-se ênfase posteriormente aos direitos sociais.

⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

⁸⁶ MENDES, 1998, p. 32.

⁸⁷ HESSE, 1998, p. 220; 228-229.

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 258.

3.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até a positivação dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições, aconteceram muitas transformações ao longo da história quanto ao seu conteúdo, à sua titularidade, à sua eficácia e à sua efetivação. De regra, classificam-se em três gerações tais direitos. Contudo, critica-se o vocábulo gerações na medida em que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais possui o caráter cumulativo de complementaridade e não de alternância ou substituição, razão pela qual a doutrina contemporânea prefere a expressão “dimensões”.⁸⁹

Apesar da Magna Carta inglesa de 1215 assegurar alguns direitos tais como o *habeas corpus act*, a petição de direitos e possuir declaração de direitos⁹⁰, os direitos da primeira dimensão remontam ao pensamento iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, especialmente nas obras dos contratualistas (dentre elas, no Contrato Social de Rousseau) e de Kant, que basicamente prescrevia como fim estatal a garantia e a realização da liberdade do indivíduo. A sua positivação começou com as revoluções liberais do século XVIII,⁹¹ resultando na Declaração do Estado norte-americano da Virgínia em 1776 e na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. São os direitos civis e políticos.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão são focados no princípio da igualdade, conforme se verá detidamente mais adiante, em virtude do declínio do Estado liberal. Assim, são frutos do Estado Social do século XX, consagrados pioneiramente nos textos constitucionais do México de 1917 e de Weimar de 1919. Consistem nos direitos sociais, culturais e econômicos.

Ao passo que os direitos de terceira dimensão ou de fraternidade ou de solidariedade são dotados de altíssima dose de humanismo e universalidade, seus titulares são, geralmente, indeterminados.⁹²

⁸⁹ SARLET, 2003, p. 50. Também nesse sentido: WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56.

⁹⁰ GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra(Coord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004, p. 55.

⁹¹ FABRIZ, 2003, p. 194.

⁹² LEITE, 2001, p. 29.

Vale registrar que o Programa Nacional de Direitos Humanos prevê três gerações de direitos humanos: a primeira relativa aos direitos civis e políticos; a segunda aos direitos sociais, econômicos e culturais; e a terceira aos direitos coletivos.⁹³

Já Luis Roberto Barroso⁹⁴ aduz que os direitos fundamentais podem ser divididos em quatro categorias (e não gerações ou dimensões): os políticos, os individuais, os sociais e os difusos.

De igual modo, Jorge Miranda⁹⁵ ensina que a evolução dos direitos fundamentais aponta atualmente três ou quatro gerações: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente, à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos referentes à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias. Contudo, também preleciona que a expressão “geração de direitos” se revela enganadora sugerindo uma sucessão ou substituição de categorias de direitos, ao passo que se trata não de mero somatório, mas de uma interpretação mútua com necessária harmonia e concordância prática.

José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁶ também salienta a crítica à idéia de gerações porque sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações, quando os direitos são de todas as gerações, registrando que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim por isso atualmente se prefere falar em dimensões.

Paulo Bonavides⁹⁷ alerta que a palavra “dimensão” substitui “geração” por motivos lógicos e qualitativos, sendo equivocada a compreensão de que o último vocábulo traduz apenas sucessão cronológica e importaria na caducidade dos direitos das demais dimensões. Os direitos da primeira dimensão são os individuais, os da segunda são os sociais e os da terceira são direitos ao desenvolvimento, ao meio

⁹³ POLÍTICA nacional do idoso, declaração universal dos direitos humanos, programa nacional de direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 1998, p. 50.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99.

⁹⁵ MIRANDA, 2000, p. 24.

⁹⁶ CANOTILHO, 2003, p. 386-387.

⁹⁷ BONAVIDES, 2003, p. 525.

ambiente, à paz e à fraternidade. Além disso, os controvertidos direitos de quarta dimensão consistem no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Também o biodireito⁹⁸ deve ser considerado como de quarta dimensão, apesar de ainda passar pelo processo de conscientização, positivação e concretização.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,⁹⁹ os direitos de primeira, de segunda e da terceira dimensão, bem como os de quarta, giram em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Contudo, destaca que as dificuldades efetivas de tutela e de implementação caracterizam boa parte dos direitos da segunda e da terceira dimensões, gerando a necessidade de uma postura ativa e responsável de todos (governantes e governados) quanto à afirmação e à efetivação de todas as dimensões dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Excelso STF já se manifestou sobre a correlação entre as três dimensões de direitos e os supracitados princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, consoante se observa no trecho da ementa abaixo transcrita:

EMENTA: (...) Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias.¹⁰⁰

Apesar de algumas variações, os grupos de direitos fundamentais que compõem os direitos humanos são indivisíveis porque a implementação de um pressupõe o outro porque se inter-relacionam.¹⁰¹ Ante os objetivos propostos, a seguir abordar-se-ão somente os direitos de segunda dimensão, notadamente os direitos sociais.

⁹⁸ FABRIZ, 2003, p. 206.

⁹⁹ SARLET, 2003, p. 59-62.

¹⁰⁰ BRASIL. STF, Pleno, MS 22164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 1, de 17 de novembro de 1995, p. 39206. In: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 102.

¹⁰¹ Nesse sentido: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 41. MAGALHÃES, 1999, p. 36; 95; 101.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão – que dominaram o século XIX – consistem numa espécie de comando negativo (*status negativus*) imposto ao poder estatal, restringindo a sua atuação em virtude das liberdades públicas garantidas ao indivíduo. Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda dimensão (dentre eles, os sociais que dominaram o século XX e provavelmente dominarão o século corrente) impõem ao Estado uma prestação positiva (*status positivus*) no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo.¹⁰²

Os direitos econômicos, sociais e culturais, conhecidos e empregados de modo abreviado¹⁰³ (inclusive no presente estudo) como direitos sociais, são de formação recente, remontando aos textos constitucionais mexicanos de 1917 e ao de Weimar de 1919, cuja consagração aponta a superação de uma perspectiva meramente liberal, passando-se a considerar o homem para além de sua condição individual.¹⁰⁴ Compõem a segunda dimensão dos direitos fundamentais, como já dito.

Apesar das Constituições modernas geralmente arrolarem os direitos sociais, conceituá-los é tarefa difícil na medida em que todo direito é social¹⁰⁵ porque o próprio direito é um fenômeno social.

Os direitos sociais se revelam nos modernos textos constitucionais quando se impõem aos Poderes Públicos à prestação de várias atividades, objetivando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobremaneira quando se trata dos mais carentes de recursos.¹⁰⁶

A respeito dos direitos sociais, José Eduardo Faria destaca que

¹⁰² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual, legitimação do ministério público.** São Paulo: LTr, 2001, p. 28.

¹⁰³ ANDRADE, 1998, p. 194.

¹⁰⁴ BARROSO, 2003, p. 101.

¹⁰⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores.** São Paulo LTr, 1997, p. 22.

¹⁰⁶ BASTOS, 2001, p. 267.

... os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem.¹⁰⁷

A Constituição Federal de 1988 dedica o capítulo II, do artigo 6º ao 11, do título II aos direitos fundamentais sociais, prevendo expressamente em seu artigo 6º que: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹⁰⁸ Contudo, tal dispositivo traz apenas um rol exemplificativo e não taxativo.

Como assevera Carlos Henrique Bezerra Leite,¹⁰⁹ a Lei Fundamental não deixa dúvidas de que os direitos dos trabalhadores também se inserem no rol dos direitos sociais. No entanto, insta salientar que o presente estudo não analisará aqueles direitos de modo específico.

O texto constitucional vigente também possui outros dispositivos que tratam mais pormenorizadamente dos direitos sociais no título VIII referente à ordem social, podendo-se citar os artigos 196 ao 200 no tocante ao direito à saúde; os artigos 201 ao 202 referentes ao direito à previdência social; os artigos 205 ao 214 quanto ao direito à educação, dentre outros.

Também integram o ordenamento jurídico brasileiro, o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, promulgado pelo Decreto nº 591/1992 e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226/1991, bem como o Protocolo de São Salvador sobre direitos econômicos, sociais e culturais promulgado pelo Decreto nº 3.321/1999 e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 56/1995.

¹⁰⁷ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105.

¹⁰⁸ Constituição (1988). Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

¹⁰⁹ LEITE, 1997, p. 24.

José Reinaldo de Lima Lopes¹¹⁰ esclarece que os direitos sociais não constituem um direito de igualdade, fundado em regras de julgamento que exigem um tratamento formalmente uniforme, mas um direito das preferências e das desigualdades, isto é, um direito discriminatório com finalidade compensatória. Ademais, divide os previstos na Constituição em: direitos à seguridade social (saúde, previdência social e assistência social) e outros direitos (cultura, educação e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; índios).

Já José Afonso da Silva¹¹¹ agrupa os direitos sociais nas seguintes cinco classes: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais atinentes à seguridade compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; direitos sociais referentes à educação e à cultura; direitos sociais concernentes à família, criança, adolescente e idoso; direitos sociais alusivos ao meio ambiente. Também, registra uma classificação dos direitos sociais do homem como produtor (liberdade de instituição sindical, direito de greve, direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho, direito de cooperar na gestão da empresa) e como consumidor (direito à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, de igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,¹¹² os direitos sociais englobam os direitos fundamentais de cunho prestacional ou positivos, mas também as chamadas liberdades sociais (por exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, os direitos fundamentais aos trabalhadores consubstanciado nos direitos a férias, ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, dentre outros).

Nesse contexto, abordar-se-á a seguir mais detidamente sobre os direitos fundamentais sociais a prestações ou prestacionais.

¹¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105 e 125.

¹¹¹ SILVA, 1997, p. 278.

¹¹² SARLET, 2003, p. 53.

3.2.1 Direitos sociais prestacionais

Os direitos individuais ou de primeira dimensão são uma espécie de comando negativo imposto ao Estado, restringindo a sua atuação em razão das liberdades públicas garantidas ao indivíduo, sendo seu conteúdo um dever de não-fazer da parte estatal em prol de determinados interesses e direitos, tais como: o direito à vida, à liberdade de locomoção, de expressão, de religião e de organização de grupos. Já os direitos sociais ou de segunda dimensão atribuem ao Poder Público uma prestação positiva no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo.¹¹³

O emprego da palavra “social” se justifica pelo fato dos direitos de segunda dimensão poderem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, bem como da correspondência com as reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente a classe operária, a título compensatório, ante a extrema desigualdade que caracterizava e ainda caracteriza de certo modo as relações com os empregadores. Os direitos de segunda dimensão, ainda atualmente, outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.¹¹⁴

Nesse diapasão, dedicou-se este tópico específico aos direitos a prestações materiais por serem considerados direitos sociais por excelência.¹¹⁵

Com efeito, há normas constitucionais atributivas de direitos sociais que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, sendo o dever jurídico consistente numa omissão, um não fazer, normalmente dirigido ao Estado, podendo-se citar como exemplo o direito de greve previsto no texto constitucional brasileiro no artigo 9º. Ademais, existem normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas estatais, cujo dever jurídico a ser cumprido consiste numa atuação efetiva consubstanciada na entrega de um bem ou na

¹¹³ LEITE, 1997, p. 11.

¹¹⁴ SARLET, 2003, p. 52-53.

¹¹⁵ ANDRADE, 1998, p. 200.

satisfação de um interesse. São exemplos na Constituição Federal os direitos à proteção da saúde (artigo 196) e previdência social (artigos 6º e 201).¹¹⁶

Os direitos sociais a prestações positivas, objetivam à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade, sendo que a intervenção estatal visa a neutralizar as distorções econômicas causadas na sociedade, garantindo direitos referentes à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros.¹¹⁷

A efetividade dos direitos sociais negativos requer tão somente que o Estado não faça, o que no comum das vezes, não demanda custos ou aparatos. Ao contrário, os direitos sociais prestacionais ou positivos exigem para sua efetividade um aparato estatal de prestação, incluindo estrutura física, lógica e pessoal, que resultam em gastos, cujas receitas públicas na realidade contemporânea advêm, geralmente, de receitas tributárias.¹¹⁸ Fato interessante é que o Brasil possui uma das cargas tributárias mais altas do mundo e o Estado ainda assim se mostra incapaz de atender às demandas essenciais da população.

Robert Alexy¹¹⁹ adverte que os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que poderia ser obtido também de particulares, se a pessoa possuíse meios financeiros suficientes e houvesse oferta. Quando se fala em direitos sociais fundamentais, por exemplo, ao trabalho, a moradia e a educação, se faz primeiramente referência a direitos a prestações em sentido estrito. Contudo, entende que os direitos sociais fundamentais podem ser normas vinculantes ou não vinculantes, sendo neste último sentido enunciados programáticos.

¹¹⁶ BARROSO, 2003, p. 108-109.

¹¹⁷ BARROSO, 2003, p. 101.

¹¹⁸ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 482-484.

No próximo capítulo se examinará exatamente acerca da vinculação aos direitos fundamentais, dando-se ênfase para os sociais, principalmente no que diz respeito aos poderes públicos (Legislativo, Judiciário e Executivo) e à esfera municipal.

4 A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Robert Alexy,¹²⁰ a questão mais importante para os direitos fundamentais é saber se eles são normas juridicamente vinculativas ou não, pois num sistema jurídico que conhece a separação dos poderes, tendo o poder judicial como terceiro poder são juridicamente vinculativas apenas aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, independentemente do procedimento, possa ser verificada por um tribunal, sendo justiciáveis, de modo ideal por um tribunal constitucional, ou tribunais profissionais. No entanto, entende que as normas de direitos fundamentais cuja violação não pode ser verificada por nenhum tribunal possuem carácter não-justiciável, sendo vinculativas não juridicamente, mas talvez moral ou politicamente, sendo assim meras normas programáticas ou mera lírica constitucional.

Consoante o renomado doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho,¹²¹ “... os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculantes e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”.

Assiste razão a José Carlos Vieira de Andrade¹²² quando assevera que os preceitos constitucionais concernentes aos direitos fundamentais vinculam às entidades públicas para não ser uma banalidade, devendo ser compreendidos como um reforço do seu carácter obrigatório.

A problemática da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais encontra-se estreitamente relacionada à temática da eficácia e da aplicabilidade, vez que a vinculatividade dos direitos fundamentais se trata de uma das principais dimensões da eficácia. Nesse sentido, as Constituições portuguesa, alemã e espanhola consagraram expressamente a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais.¹²³

¹²⁰ ALEXY, 1999, p. 73.

¹²¹ CANOTILHO, 2003, p. 378.

¹²² ANDRADE, 1998, p. 264.

¹²³ SARLET, 2003, p. 342-343.

Assevera Konrad Hesse¹²⁴ que os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais, univocamente a teor do artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental alemã, que determina que os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito vigente diretamente, até porque todos os poderes estatais sempre estão vinculados à Constituição.

Portanto, a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais se relaciona diretamente com a necessária vinculação da Lei Fundamental.

Muito embora haja várias traduções, o art. 1º, alínea 3, da Constituição alemã de 1949 dispõe que: “os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente.”¹²⁵

Robert Alexy¹²⁶ esclarece que o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental alemã, vincula todos os três poderes aos direitos fundamentais como direito diretamente vigente e destaca que também no Brasil deveria ser impossível uma declaração de não vinculação de todos os direitos fundamentais porque o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, declara, pelo menos, como diretamente aplicáveis às prescrições de direitos fundamentais desse dispositivo. Ademais, conclui que independentemente de ordens de vinculação jurídico-positivas desta natureza a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida, pois são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.

Já a Carta Magna de Portugal de 1976 também traz a vinculação aos direitos fundamentais no artigo 18, item 1: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”¹²⁷

¹²⁴ HESSE, 1998, p. 275-277.

¹²⁵ SARLET, 2003, p. 247.

¹²⁶ ALEXY, 1999, p. 73.

¹²⁷ PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República portuguesa. In: DIREITOS humanos: declarações de direitos e garantias. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 253.

José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁸ ao analisar o artigo 18.º/1 da Constituição Portuguesa ressalta que o sentido fundamental da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias consiste no fato de que estes são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais, por meio direto do texto constitucional.

De igual modo, Javier Pérez Royo¹²⁹ aponta a eficácia direta e a vinculação a todos os poderes públicos como elementos definidores dos direitos fundamentais, inclusive previstos no art. 53.1, da Constituição da Espanha: “os direitos e liberdades reconhecidos no segundo Capítulo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos” (tradução nossa).

A Constituição Federal de 1988 não previu expressamente a vinculação das entidades públicas ou privadas aos direitos fundamentais, limitando-se a estipular o princípio da aplicação imediata no §1º do artigo 5º: “As normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”.¹³⁰ Dispositivo este que inexistia nos textos constitucionais brasileiros anteriores.

Apesar disso, assiste razão a Gilmar Ferreira Mendes¹³¹ ao prelecionar que assim como as Constituições alemã, portuguesa e espanhola, a Lei Fundamental brasileira em seu artigo 5º, §1º confere eficácia vinculante imediata aos direitos fundamentais.

A eficácia jurídica imediata que atualmente se reconhece aos direitos fundamentais revela a mutação ocorrida nas relações entre a lei e os direitos do cidadão.¹³²

Ora, o §1º do art. 5º da Constituição Federal que consagrou o princípio da aplicação imediata diz respeito à eficácia que significa produção de efeitos e à aplicabilidade que se trata da incidência da norma ao caso concreto, cujos efeitos na esfera fática variam em grau e em profundidade.¹³³

¹²⁸ CANOTILHO, 2003, p. 438.

¹²⁹ “Los derechos y libertades reconocidos em el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 275.

¹³⁰ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

¹³¹ MENDES, 1998, p. 32.

¹³² CANOTILHO, 2001, p. 363.

¹³³ BULOS, 2003, p. 387.

Também, torna-se necessário trazer outras considerações sobre eficácia. Luis Roberto Barroso¹³⁴ preleciona que “a eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado.”

De fato, a eficácia se relaciona com a vinculação dos direitos fundamentais, tanto é assim que José Joaquim Gomes Canotilho¹³⁵ salienta que a doutrina denomina de eficácia horizontal ou eficácia indireta nas relações privadas quando a vinculação se refere às entidades privadas.

Também chamada de eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa ou eficácia privada dos direitos fundamentais, pois exercem sua eficácia vinculante na esfera das relações jurídicas entre particulares,¹³⁶ cumpre registrar que esta não será objeto de estudo, pois a presente pesquisa se limitará à vinculação do poder público.

Com efeito, Dalmo de Abreu Dallari¹³⁷ preleciona que para se ter um sistema eficiente de proteção dos direitos é necessário contar com a colaboração do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Konrad Hesse¹³⁸ ressalta a força vinculante dos direitos fundamentais como sistema de valores que deve regular todos os âmbitos do Direito, da legislação, da administração e da jurisprudência na medida em que recebem suas diretrizes.

Com efeito, de acordo com Jorge Miranda¹³⁹ em qualquer caso, circunstância ou ato do poder público devem as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais servir como fundamento e como referencial, bem como se deve tender a atribuir-lhes e aos princípios subjacentes a máxima eficácia possível. Afinal, a vinculação dos órgãos estatais às normas constitucionais concernentes aos direitos, liberdades e garantias torna-se evidente em dois momentos: quando cada norma constitucional ou lei ou outro ato estatal que venha a ser confrontado com tal

¹³⁴ BARROSO, 2003, p. 83.

¹³⁵ CANOTILHO, 2003, p. 448.

¹³⁶ SARLET, 2003, p. 353.

¹³⁷ DALLARI, 1998, p. 70.

¹³⁸ HESSE, 2001, p. 57.

¹³⁹ MIRANDA, 2000, p. 315.

preceito e lhe deve ser conforme; e quando o conjunto dos preceitos constitucionais e o conjunto dos atos jurídico-públicos devem tender a gerar condições objetivas aptas aos cidadãos usufruírem efetivamente seus direitos fundamentais no Estado de Direito democrático.

A vinculação de todas as entidades públicas é explícita e principal, cujos destinatários são todos os poderes públicos e não somente os poderes estaduais, sendo extensiva aos órgãos e funções, abrangendo desde o legislador aos tribunais e à administração, desde os órgãos estatais aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autônomas, pessoas coletivas de direito público, administração direta, indireta e administração autônoma. Trata-se de uma vinculação sem lacunas que abarca todas as esferas funcionais dos sujeitos públicos e independe da forma jurídica por meio do qual as entidades públicas praticam seus atos ou suas atividades.¹⁴⁰ Logo, resta evidente que os Municípios brasileiros, ainda mais como entes federativos, também se vinculam aos direitos fundamentais.

Também Jorge Miranda¹⁴¹ dispõe que as normas constitucionais restringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder estatal, sobretudo as relativas aos direitos, liberdades e garantias porque vinculam as entidades públicas, sendo elas seus destinatários, independentemente da sua forma de atuação, e não apenas o Estado, mas sim todos os órgãos do poder e não apenas um dos poderes estatais.

As constituições contemporâneas vinculam os Poderes Legislativo e Executivo no tocante ao respeito aos direitos fundamentais (direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos) e à elaboração de normas que assegurem a implementação dos direitos sociais para se alcançar os objetivos constitucionais prescritos no art. 3º. Também o Judiciário deve controlar a discricionariedade da Administração e dar

¹⁴⁰ CANOTILHO, 2003, p. 438-439.

¹⁴¹ MIRANDA, 2000, p. 311-314.

sentido concreto ao interpretar às normas constitucionais da ordem social que delimitam políticas públicas vinculantes.¹⁴²

Salienta o ilustre Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes¹⁴³ que o constituinte brasileiro consagrou os direitos sociais, “... que vinculam o Poder Público, por força da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. Garantias estas previstas no art. 5º, inciso LXXI, e no art. 103, §2º, respectivamente, da vigente Carta Magna.

Portanto, resta cristalino que os Municípios na qualidade de pessoa de direito público interno e fazendo parte efetiva da Federação (no caso do Brasil, inclusive em paridade com os demais entes federativos) são destinatários de tais normas constitucionais e também estão vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais.

Ora, se a vinculação das entidades públicas se estende não só ao Poder Legislativo, mas também ao Judiciário e ao Executivo, apesar do Município brasileiro não possuir Judiciário propriamente, porém faz ele parte da jurisdição de uma Comarca e está sujeito a decisões judiciais que afetam diretamente a seus cidadãos, ao interesse local e ao poder público municipal.

Em resumo, os direitos fundamentais vinculam, isto é, obrigam a todos os Poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), nas esferas federal, estadual e municipal.¹⁴⁴

Nesse sentido, a seguir se analisará a vinculação dos Poderes Legislativo, do Judiciário e do Executivo aos direitos fundamentais, de modo especial com relação aos sociais.

¹⁴² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 145-147.

¹⁴³ MENDES, 1998, p. 42.

¹⁴⁴ Ibid, 1998, p. 208.

4.1 VINCULAÇÃO DO LEGISLATIVO

Se os preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais vinculam às entidades públicas, tal força vinculativa destina-se primeiramente ao Poder Legislativo como órgão estatal, que deve obedecer à Constituição e aos direitos fundamentais.¹⁴⁵

O Poder Legislativo deve elaborar e aprovar as leis necessárias para a proteção dos direitos.¹⁴⁶ Trata-se de um poder constituído, subordinado, obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e a atuar dentro dos valores constitucionalmente definidos. Contudo, não é lícito limitar o poder de conformação do legislador a uma discricionariedade em sentido técnico, pois ao exercer sua competência está obrigado a conformar ou compatibilizar as suas opções com a Constituição, sob pena de invalidade.¹⁴⁷

Konrad Hesse¹⁴⁸ destaca que os direitos fundamentais são decisivos para a atividade do legislador, inclusive porque influenciam na criação das normas jurídicas.

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais possui uma dimensão negativa e outra positiva. A primeira proibitiva se consubstancia no princípio da constitucionalidade, ao vedar a possibilidade das entidades legiferantes criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, ou seja, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas aos direitos fundamentais. Assim, as normas consagradoras de tais direitos são normas negativas de competência na medida em que impõem restrições ao exercício de competência das entidades públicas legiferantes. Por sua vez, a dimensão positiva da vinculação do legislador significa o dever dos órgãos legislativos conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos de acordo as medidas e as diretivas materiais consagradas nas normas garantidoras de

¹⁴⁵ ANDRADE, 1998, p. 264.

¹⁴⁶ DALLARI, 1998, p. 70.

¹⁴⁷ ANDRADE, op. cit., p. 264-265.

¹⁴⁸ HESSE, 2001, p. 58.

direitos fundamentais, devendo o legislador realizá-los otimizando a sua normatividade e atualidade.¹⁴⁹

O postulado da aplicabilidade imediata previsto no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, engloba todos os direitos fundamentais inclusive os direitos sociais a prestações, consistindo numa limitação das possibilidades de intervenção restritiva do Poder Legislativo na esfera de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, cumpre registrar o problema da inconstitucionalidade por omissão, decorrente de uma inércia (total ou parcial) do legislador ante uma imposição mais ou menos concreta (finalidade ou programa) inserido nas normas de direitos fundamentais, salientando-se uma graduação da eficácia vinculativa conforme a densidade normativa e grau de concretude de tais normas.¹⁵⁰

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais se refere a todos os atos normativos, incluindo-se os atos praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos) ou por entidades privadas que a lei confere força de norma jurídico-pública (por exemplo, contratos coletivos de trabalho).¹⁵¹

Para Ingo Wolfgang Sarlet,¹⁵² além dos atos legislativos elencados no art. 59 da Constituição Federal de 1988, também as Emendas à Constituição estão abrangidas pela vinculação dos direitos fundamentais, pois de acordo com o art. 60, §4º, inciso IV do texto constitucional, o legislador constitucional não poderá abolir ou tender a abolição das normas de direitos fundamentais.

A vinculação do Poder Legislativo atinente aos direitos sociais é maior e mais íntima na medida em que seu poder de livre escolha é notadamente limitado pela Constituição, pois desta decorre a força jurídica vinculante de tais direitos.¹⁵³

¹⁴⁹ CANOTILHO, 2003, p. 440.

¹⁵⁰ SARLET, 2003, p. 345-346.

¹⁵¹ CANOTILHO, 2003, p. 441.

¹⁵² SARLET, 2003, p. 346.

¹⁵³ ANDRADE, 1998, p. 265-166.

Com efeito, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são garantias constitucionais dos direitos sociais previstas no art. 5º, LXXI e no art. 103, §2º, respectivamente, vez que na esfera material se traduzem no efeito vinculante para o legislador das normas que reclamam expedição de ato normativo, assim a vinculação do legislador se revela imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, e em muitos casos para a sua concretização.¹⁵⁴

Nessa linha de raciocínio, considerando que em tese não há ainda normas constitucionais ou infraconstitucionais quanto à aplicação dos *royalties* do petróleo ou do gás natural recebidos pelos Municípios, insta registrar que há projetos de leis tramitando no país no sentido de dar nova distribuição e até de vincular sua destinação à concretização dos direitos fundamentais, sobremaneira os sociais, podendo-se citar, a título de exemplo, o Projeto de Lei nº 1.618 de 2003 do Deputado Mauro Passos em trâmite no Congresso Nacional prevendo nova distribuição dos *royalties* pela qual todos os Municípios brasileiros (produtores e não produtores) receberiam tais recursos e o Projeto de Lei nº 23 de 2005 do Deputado Jurandy Loureiro, em trâmite na Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, estipulando a aplicação de tais recursos pelos Municípios em saúde, educação, infra-estrutura, desenvolvimento, saneamento, revitalização da estrutura pesqueira e proibindo com gastos de custeio.

Logo, não há dúvida de que os municípios são afetados pela vinculação do legislador aos direitos fundamentais, principalmente aos sociais, pois as Câmaras Municipais também estão obrigadas a elaborar leis, dentro de sua esfera de competência, no sentido de implementá-los e, assim, concretizar a própria Constituição Federal.

Além do Poder Legislativo, também estão vinculados aos direitos fundamentais o Judiciário e o Executivo, conforme se verá.

¹⁵⁴ MENDES, 1998, p. 42; 210.

4.2 VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Robert Alexy¹⁵⁵ sustenta que se torna um problema jurídico quando uma Constituição submete a legislação, o Poder Executivo e o Poder Judicial às normas dos direitos fundamentais, direitos de vigência imediata que exercem um amplo controle a respeito e por meio de um Tribunal Constitucional.

De fato, como evidencia Konrad Hesse,¹⁵⁶ os direitos fundamentais são decisivos para as instâncias aplicadoras do Direito, pois devem levá-los em consideração ao interpretar e aplicar as normas jurídicas.

Jorge Miranda¹⁵⁷ vislumbra que a vinculação dos tribunais às normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais consubstancia-se: positivamente, na interpretação, na integração e na aplicação de maneira a atribuir-lhes a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico; e negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que não lhes obedecem com os instrumentos e técnicas mais exigentes da análise acerca da inconstitucionalidade material.

Os tribunais como órgãos do poder público estão vinculados pelos direitos fundamentais, cuja vinculação se concretiza por meio do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou por meio da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais. Com efeito, a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, pois estes influenciam aqueles. Também, os direitos fundamentais podem vincular os atos jurisdicionais como normas de decisão, devendo-se ter em conta que a prevalência da vinculação pela constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade).¹⁵⁸

Os próprios órgãos do Poder Judiciário se encontram vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, bem como exercem em função disso o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, mas seus atos também

¹⁵⁵ ALEXY, 2002, p. 21.

¹⁵⁶ HESSE, 2001, p. 58.

¹⁵⁷ MIRANDA, 2000, p. 320.

¹⁵⁸ CANOTILHO, 2003, p. 447.

poderão ser objeto de controle. Contudo, no tocante aos direitos a prestações, especialmente os direitos sociais, a vinculação dos órgãos judiciais é menos intensa que a dos direitos de defesa, em virtude da menor densidade normativa destas normas à esfera constitucional, pois de regra se sujeitam ao princípio da proporcionalidade e estão previstos em normas de eficácia limitada.¹⁵⁹

No entanto, urge que seja reduzida ao máximo a discricionariedade estatal ao tratar dos direitos sociais, devendo-se fazer um duplo esforço nos âmbitos nacional e internacional no sentido de abduzir as doutrinas jurídicas que negam a juridicidade de tais direitos porque atitam com a compreensão da indivisibilidade dos direitos humanos. Na esfera internacional, deve ser repensada a doutrina da “aplicação progressiva” desses direitos, que estariam condicionados à atuação estatal até o máximo de seus recursos disponíveis, a fim de lograr progressivamente a completa implementação dos direitos previstos pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No Brasil, torna-se necessário submeter ao Judiciário demandas sobre a exigibilidade dos direitos sociais (por exemplo, por meio da ação civil pública), ademais, a realização dos direitos sociais exige do Judiciário uma nova lógica, que afaste o argumento de que a separação dos poderes não permite um controle jurisdicional da atividade governamental, sob pena de inviabilizar políticas públicas. Também, deve ser demonstrada, no plano jurisdicional, o direito às políticas públicas consagradas constitucionalmente e que vinculam a atuação do Estado, por outro lado deve ser combatida a doutrina denominada normas constitucionais programáticas, destituídas de aplicabilidade, tentando-se obter o máximo de efetividade dos preceitos relativos aos direitos sociais.¹⁶⁰

Portanto, ante a crise do Estado social, impõe-se atualmente no Brasil o ativismo por parte dos membros do Ministério Público e do Judiciário – apesar das teorias da reserva do possível, das normas constitucionais programáticas e da separação dos poderes – especialmente em face dos prefeitos municipais que se encontram tão vinculados como os magistrados, na busca da realização dos direitos fundamentais, inclusive dos sociais, conforme se verá no próximo item.

¹⁵⁹ SARLET, 2003, p. 352-353.

¹⁶⁰ PIOVESAN, 1998, p. 84 e 91.

4.3 VINCULAÇÃO DO EXECUTIVO

O Poder Executivo possui a obrigação de manter repartições e funcionários encarregados de tutelar as pessoas e seus direitos.¹⁶¹

Mais que isso, os preceitos constitucionais concernentes aos direitos fundamentais vinculam o Poder Administrativo, incluindo os órgãos da Administração estatal, as autarquias locais e outras pessoas coletivas públicas.¹⁶² Portanto, não resta dúvida de que o Presidente da República, os governadores (no âmbito estadual) e os prefeitos (no âmbito municipal), de igual modo, estão vinculados aos direitos fundamentais.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da constitucionalidade imediata da administração – pública, central, regional ou local, direta, indireta, autônoma e concessionado – impõe a sua vinculação aos direitos fundamentais significando que:

(1) a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, só deve executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias; (2) a administração, ao praticar actos de execução de leis constitucionais (= leis conforme os direitos fundamentais), deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar estas leis de um modo conforme os direitos, liberdades e garantias.¹⁶³

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁴ reconhece a vinculação do Poder Executivo e dos órgãos administrativos em geral aos direitos fundamentais, considerando a previsão do art. 5º, §1º da Constituição Federal como um reforço da eficácia vinculante dos preceitos constitucionais. Também, ressalta a discussão sobre a possibilidade dos órgãos administrativos exercerem controle dos atos legislativos que sejam contrários aos direitos fundamentais, isto é, pode o Executivo recusar-se a aplicar normas inconstitucionais por serem contrárias aos direitos fundamentais. Apesar disso, em caso de conflito entre o princípio da legalidade e o da constitucionalidade sustenta que deve ser resolvido tendenciosamente em favor desta última, o que deve ser

¹⁶¹ DALLARI, 1998, p. 70.

¹⁶² ANDRADE, 1998, p. 266.

¹⁶³ CANOTILHO, 2003, p. 443.

¹⁶⁴ SARLET, 2003, p. 347.

relativizado quanto aos direitos fundamentais sociais, muito embora por menor que seja a eficácia vinculante, a Administração encontra-se vinculada e obrigada a considerar, na esfera da discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.

Para Konrad Hesse,¹⁶⁵ a vinculação do Executivo aos direitos fundamentais é problemática quando o poder público torna-se ativo não-soberanamente, nas formas de direito privado. Todavia, mostra-se relevante para a Constituição no tocante aos direitos fundamentais as formas e também a configuração material da atividade estatal, pois não há discricionariedade, muito embora o texto constitucional deixe espaço à liberdade conformadora maior ou menor dos órgãos estatais. Afinal, todos os poderes estatais sempre estão vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, inclusive a administração fiscal que objetiva lucro, ou seja, a obtenção de bens econômicos.

De igual modo, José Carlos Vieira de Andrade¹⁶⁶ vislumbra como problema saber se a Administração está vinculada aos direitos fundamentais quando usa formas ou meios de direito privado para persecução do interesse público. No entanto, assevera que não se permite que o Executivo não tenha uma vinculação mais efetiva aos direitos fundamentais ao decidir atuar por uma figura privada, pois a situação específica de supremacia, o império, expressão do monopólio do poder estatal, justifica a tutela dos direitos fundamentais. Assim, estão vinculadas aos direitos fundamentais as seguintes entidades públicas: as pessoas coletivas de direito privado, desde que na sua relação com os particulares tenham poderes públicos de império (por exemplo, as empresas concessionárias de serviços públicos ou de obras públicas ou as instituições de previdência).

De fato, a vinculação aos direitos fundamentais estende-se aos órgãos do Poder Executivo no exercício de qualquer atividade pública, inclusive aos integrantes da Administração direta e entes da indireta, bem como às pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades públicas.¹⁶⁷

¹⁶⁵ HESSE, 1998, p. 275.

¹⁶⁶ ANDRADE, 1998, p. 266-268.

¹⁶⁷ MENDES, 1998, p. 211.

A vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, especialmente aos sociais, acentua a crise do Estado social, que gera teorias usadas como obstáculos à concretização de tais direitos, conforme a seguir se verá.

5 CRISE DO ESTADO SOCIAL

O Estado de Direito, originariamente, era um conceito tipicamente liberal, cujo individualismo e neutralismo do Estado liberal causaram muitas injustiças, tendo os movimentos sociais dos séculos XIX e XX revelado a insuficiência das liberdades burguesas, o que permitiu a consciência da necessidade da justiça social. Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado social de Direito ao prever um capítulo de direitos econômicos e sociais, tendo os textos constitucionais da República Federal Alemã e da Espanha definido os respectivos Estados como sociais e democráticos de Direito.¹⁶⁸

O Estado liberal que incorporava a idéia do Estado de Direito, ante as transformações sofridas pela sociedade depois da Primeira Guerra Mundial, deu lugar a um novo modelo, o Estado social (*Welfare State*), que se caracteriza pela intervenção no domínio econômico, planejando a economia, incluindo na categoria dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, elevados ao patamar constitucional.¹⁶⁹

A Carta de 1988 logo no seu primeiro artigo dispõe que a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito, além disso dedica o capítulo II do título II aos direitos sociais e todo o título VIII à ordem social.

Apesar disso, o Estado social brasileiro não deve somente conceder direitos sociais básicos, mas também os garantir. No entanto, não se pode dizer com certeza até onde vai essa garantia e até onde existirão condições materiais propícias para concretizá-los, muito embora estejam formalmente consagrados na Constituição. De fato, tais direitos são muito amplos e em virtude da precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobremaneira limitados, já se armam os pressupostos de uma crise: crise constitucional, crise constituinte do Estado e crise da sociedade brasileira.¹⁷⁰

¹⁶⁸ SILVA, 1997, p. 116.

¹⁶⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 133-134 e 236.

¹⁷⁰ BONAVIDES, 2003, p. 373.

No que tange à crise do Estado que tanto se fala e à conseqüente ingovernabilidade das sociedades complexas, Bobbio assevera que

Por crise do Estado entende-se, da parte de escritores conservadores, crise do Estado democrático, que não consegue mais fazer frente às demandas provenientes da sociedade e por ele mesmo provocadas; da parte de escritores socialistas ou marxistas, crise do Estado capitalista, que não consegue mais dominar o poder dos grandes grupos de interesse em concorrência entre si. Crise do Estado quer portanto dizer, de uma parte e de outra, crise de um determinado tipo de Estado, não fim do Estado.¹⁷¹

Já José Luiz Quadros de Magalhães¹⁷² muito embora admita que o Estado social esteja em crise, salienta que o Estado constitucional moderno abarca um processo evolutivo de três tipos de Estado, variando no espaço e no tempo: o Estado liberal, o Estado social e o Estado socialista, sendo que o último não pode ser classificado como espécie do segundo, pois sua evolução se diferencia na medida em que rompe com a economia capitalista.

Com efeito, Jorge Miranda¹⁷³ enfatiza que nas últimas décadas o Estado social (também denominado bem-estar, Estado providência ou Estado assistencial) está em crise em virtude de excessivos custos financeiros e burocráticos, bem como em decorrência da quebra de competitividade gerada por países com menor proteção social. Logo, ante as correntes neoliberais e monetaristas que não lograram evitar a exclusão ou o agravamento das desigualdades entre os hemisférios Norte e Sul, que causa, entre outros efeitos, as migrações.

Daniel Sarmento também aborda a crise do Estado social, inclusive trazendo a sua relação com as crises do petróleo:

... a partir das duas crises do petróleo na década de 70, instaura-se uma crise no Welfare State, que põe em cheque a lógica do dirigismo estatal. O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira. A explosão de demandas reprimidas, gerada pela democratização política, tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento populacional, decorrente dos avanços na

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1987, p. 173.

¹⁷² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, t. I, p. 62, 68 e 70.

¹⁷³ MIRANDA, 2000, p. 31-32.

medicina e no saneamento básico, engendrou uma perigosa crise de financiamento na saúde e na previdência social – pilares fundamentais sobre os quais se assentara o Estado Social.¹⁷⁴

Daury Cesar Fabríz¹⁷⁵ também aponta a década de 1970 como apogeu da crise do modelo do Estado de bem-estar social, cujo declínio se iniciou com a Segunda Guerra Mundial, ressaltando ainda que tal crise não significa a crise dos direitos fundamentais de segunda geração nele concebidos porque estes devem ser revestidos por uma nova roupagem, de modo a se revelarem como direitos obrigatórios no novo paradigma que aflora.

Resta evidente que a crise do Estado brasileiro que se descortina além das deficiências de meios que padece todo o aparelho estatal e o serviço público, pela má-distribuição das verbas públicas ou pelo mau uso ou pela própria pobreza do país, consiste num processo geral de transformação pelo qual o capitalismo vem passando, inserindo-se ela também no contexto internacional na medida em que surge um governo mundial do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI) impondo receitas neoliberais.¹⁷⁶

Já com relação à crise brasileira, esta envolve uma crise de sobrecarga, pois o Estado atualmente não dá conta das tarefas que assume na medida em que demandam vultosos recursos, que a sociedade lhe recusa ou não tem condições de lhe fornecer, refletindo na crise fiscal, conjugada com uma crise institucional, as quais se combinam com uma crise de modelo, que por sua vez agrava as demais, tornando iminente uma crise de legitimidade.¹⁷⁷

De fato, na modernidade pode-se dividir a história dos direitos fundamentais em duas grandes fases: Estado liberal e Estado social. Contudo, atualmente se fala no esgotamento do modelo do Estado do bem-estar social e na emergência de novo paradigma pós-social ainda em construção. A série crise pela qual atravessa o

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001, p. 159-160.

¹⁷⁵ FABRIZ, 2003, p. 199, 201 e 258.

¹⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92-93.

¹⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Governabilidade e revisão constitucional: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira especialmente em vista da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 193, jul./set. 1993, p. 2-3.

Welfare State é alimentada pelo fenômeno da globalização, verificando-se uma tendência geral de redução do seu tamanho com desestatizações e transferências para o setor privado de tarefas e atividades que eram até então desempenhadas pelos poderes públicos.¹⁷⁸ No Brasil, isto é bem visível no fato da população estar atualmente obrigada a pagar escolas particulares aos seus filhos para terem ensino de qualidade e a pagar planos de saúde para não morrerem nas filas dos hospitais públicos.

Assiste razão a José Luiz Quadros de Magalhães¹⁷⁹ quando diz que estão em crise os modelos de Estados constitucionais liberal, social e socialista, por motivos diversos, sendo notório que o Estado Social se traduz num modelo clientelista, que precisa de crescimento econômico a fim de que a arrecadação possa atender à população, implementando os direitos sociais, já que a crise econômica atual elevou o número de pessoas excluídas que requerem ajuda estatal.

Nota-se, pois, que os direitos sociais jamais foram implantados de maneira plena e indiscutível no Brasil, no entanto se tornaram parte de um sistema de valores penosamente construído.¹⁸⁰ De fato, sua positivação no texto constitucional trata-se de uma grande conquista, todavia é preciso implementá-los efetivamente, vez que não há cidadania ou democracia sem educação e saúde.

Ora, levando-se em consideração à crise estatal instaurada que obstaculiza a implementação dos direitos fundamentais sociais, deve-se buscar mudar tal situação por meio de outro paradigma de Estado democrático, aproveitando-se que se vive no país um momento de auto-suficiência em petróleo em que o aumento das descobertas, da exploração e da produção geram muitas rendas (certamente finitas) para a Federação, sobretudo para os Municípios, nesse sentido não se deve admitir que certos entraves, muito menos do próprio sistema jurídico brasileiro, dificultem a concretização plena dos direitos sociais e agravem a crise do Estado social, a saber, as doutrinas: das normas constitucionais programáticas, da reserva do possível e da separação dos poderes.

¹⁷⁸ SARMENTO, 2004, p. 19 e 370.

¹⁷⁹ MAGALHÃES, 1999, p. 42; 217.

¹⁸⁰ KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153.

5.1 NORMAS PROGRAMÁTICAS

José Afonso da Silva¹⁸¹ classificou as normas constitucionais do ponto de vista da eficácia e da aplicabilidade em: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida que compreendem as normas de eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo que prevêm esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador deixou para a legislação ordinária e as definidoras de princípio programático que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, por uma providência normativa ou mesmo administrativa posterior.

As normas programáticas consistem em normas jurídicas incluídas no texto constitucional que correspondem a uma tentativa do Constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social, função eficaz de programa, obrigando, no entanto, os órgãos integrantes da organização política estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos. Existem quatro tipos de normas programáticas: normas programáticas em sentido estrito, normas programáticas meramente definidoras de programas, normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos e normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado.¹⁸²

De acordo com Celso Ribeiro Bastos,¹⁸³ as normas programáticas fazem parte da categoria das normas abertas, contudo nem todas as abertas são programáticas. Por exemplo, quando a Constituição dispõe sobre democracia, Federação ou República, não se está diante de tarefas ou fins a serem atingidos, de fato encerram em si um princípio. A crise das normas programáticas se revela por não serem aplicadas, não sendo superado o confronto entre o previsto no texto constitucional e a resistência do Poder Legislativo em cumprir o preceituado.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 261-262.

¹⁸² PIMENTA, 1999, p. 236-237.

¹⁸³ BASTOS, 2001, p. 95-97.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹⁸⁴ ressalta que a doutrina clássica definiu um conteúdo semântico para as normas programáticas, negando-lhes qualquer eficácia, sendo esta a tese majoritária da jurisprudência pátria. Entretanto, na esteira da doutrina moderna, concorda-se com o ilustre jurista quando sustenta que tais normas constitucionais são eficazes pelas seguintes razões:

... derivam um vínculo obrigatório em relação aos órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal oriunda da fonte (Constituição) da qual emanam; invalidam as leis infraconstitucionais que lhes são contrárias, paralisam a eficácia de todas as normas jurídicas contrárias aos seus princípios; são elementos de integração dos demais preceitos constitucionais, vinculam, na qualidade de limites materiais, todos os órgãos públicos, à observância dos programas por elas traçados, funcionam como limites materiais negativos, estabelecem um dever para o legislador ordinário, condicionam a legislação futura, constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, criam situações subjetivas e condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário.

Luis Roberto Barroso¹⁸⁵ destaca a trajetória ingrata percorrida pelos direitos sociais, sendo uma das dificuldades que enfrentam, freqüentemente, estarem envolvidos com as normas programáticas, sem que se possa prontamente definir quais os casos em que há prestações positivas exigíveis.

Por seu turno, Robert Alexy¹⁸⁶ preleciona que num texto constitucional como o do Brasil de 1988, com vários direitos fundamentais sociais, nasce uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir plenamente como meras “não-vinculativas”, logo, como meros princípios programáticos. Contudo, destaca que a teoria dos princípios oferece solução ao problema da colisão e da vinculação na medida em que pode levar a sério a Lei Fundamental sem exigir o impossível, declarando as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, desse modo, são dependentes de uma reserva do possível.

As normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais sociais não são meramente proclamatórias, ao contrário são normas jurídico-positivas que concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (ou pretensões) ou estabelecem

¹⁸⁴ PIMENTA, 1999, p. 237-238.

¹⁸⁵ BARROSO, 2003, p. 148.

¹⁸⁶ ALEXY, 1999, p. 78-79.

garantias institucionais, determinando ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento.¹⁸⁷ Nesse sentido, o STF julgou o agravo do Município de Porto Alegre:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.¹⁸⁸

Com efeito, os direitos sociais deixam de ser realizados por vários motivos, dentre eles, por estarem contidos, por vezes, em normas ditas programáticas. Todavia, mesmo superada tal discussão, para concretizá-los via de regra há necessidade de recursos (humanos, materiais, etc.), alegando o Estado não raro reserva do possível ou separação dos poderes para não prestá-los, consoante se verá a seguir.

¹⁸⁷ ANDRADE, 1998, p. 300-3001.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 271286/RS, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário de 24.11.2000, p. 101. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

5.2 RESERVA DO POSSÍVEL

Todos os direitos fundamentais, inclusive os denominados de defesa, são de certa maneira, sempre direitos positivos na medida em que os direitos de liberdade e os de defesa em geral exigem para sua realização um conjunto de medidas positivas por parte do poder público no tocante à alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua tutela e implementação. Logo, todos os direitos fundamentais podem implicar num custo, que não seria exclusivo dos direitos sociais prestacionais. Contudo, os custos desses assumem especial relevância econômica na esfera de sua eficácia e efetivação, sobremaneira no tocante à problemática da efetiva disponibilidade da prestação reclamada por parte do destinatário da norma, encontrando-se na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Assim, reserva do possível, em sentido lato, significa o limite consistente na possibilidade e no poder de disposição por parte do destinatário da norma.¹⁸⁹

Ora, os direitos sociais, apesar de consagrados nos grandes textos internacionais, estão sob a “reserva do possível” e tem sérias dificuldades para se implementar porque são dependentes de recursos financeiros exigindo prestações positivas.¹⁹⁰

Os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações positivas obrigam o Estado, inclusive juridicamente, porém sua efetivação está submetida à reserva do financeiramente possível, que remonta a famosa decisão da Corte Constitucional alemã sobre *numerus clausus* de vagas nas Universidades, a qual reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de certo direito estão sujeitos à reserva do possível.¹⁹¹

José Reinaldo Lima Lopes¹⁹² também sustenta que a exigibilidade concreta dos direitos sociais a prestações de serviços depende da real existência dos meios.

¹⁸⁹ SARLET, 2003, p. 274-276.

¹⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 313.

¹⁹¹ MENDES, 1998, p. 43-44.

¹⁹² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: Faria, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

Para José Carlos Vieira de Andrade¹⁹³, os direitos a prestações materiais estatais, assim considerados os sociais por excelência, estão sob a reserva do possível. A título de exemplo, os direitos à habitação, saúde, assistência e cultura dependem de certas condições de fato, pois para que se possa satisfazer as prestações a que os cidadãos possuem direito, é necessário que haja recursos materiais suficientes e que o poder público possa dispor deles. Assim, a escassez dos recursos à disposição material e jurídica por parte do Estado demanda uma verdadeira opção extremamente complexa quanto à respectiva afetação material, vez que a escassez de recursos está muito atrelada às variações no desenvolvimento econômico e social, inexistindo respostas ou critérios na Constituição, sendo o legislador o primeiro a ter competência para definir as linhas gerais das políticas econômicas, sociais e culturais, além disso é o responsável pela sua concretização.

Apesar de se reconhecer as restrições apresentadas pela teoria da reserva do possível no âmbito dos direitos fundamentais sociais prestacionais, indaga-se se realmente isto pode obstaculizar a eficácia e a implementação de tais direitos.¹⁹⁴

Assiste razão a Flávio Galdino¹⁹⁵ quando assevera que o argumento da “exaustão orçamentária” serve apenas para encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo possível a proteção de um certo direito, pois o que frustra a efetivação dos direitos fundamentais não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política de não se gastar dinheiro com aquele direito.

Diante do exposto e da crise do Estado social brasileiro, a reserva do possível tem sido utilizada para justificar a não realização dos direitos fundamentais sociais, especialmente os prestacionais, contudo tendo em vista o recente aumento das descobertas, da produção e conseqüentemente das rendas petrolíferas (inclusive dos *royalties*), cabem aos seus destinatários, sobretudo aos Municípios, modificar tal cenário de uso indevido de tais receitas noticiada pela mídia, o que também tem sido (e deve ser sempre) investigado pelo *Parquet*, e aplicar de modo razoável tais recursos considerando a vinculação do poder público aos direitos fundamentais.

¹⁹³ ANDRADE, 1998, p. 200-202.

¹⁹⁴ SARLET, 2003, p. 277.

¹⁹⁵ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214.

5.3 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Desde a Antiguidade se sabe que a atividade estatal, em virtude das suas diferenças, pode ser dividida em determinado número de categorias de acordo com os atos do Estado que apresentam traços de uniformidade, tendo Aristóteles fixado tais categorias em três. Contudo, Celso Ribeiro Bastos ressalta ainda que independentemente da forma ou do conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder, razão pela qual ao invés de tripartição de poderes estatais prefere tripartição de funções estatais: legislativa, executiva e judiciária.¹⁹⁶

Na modernidade, o filósofo inglês Locke foi o primeiro autor a formular a teoria da separação dos poderes estatais e foi nele que o escritor francês Montesquieu se inspirou ao escrever em sua obra “O Espírito das leis” de 1748 que no Estado existem três poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas dependente do direito das gentes ou poder executivo do Estado e o poder executivo das coisas dependentes do direito civil ou poder judicial.¹⁹⁷

A teoria da separação dos poderes foi adotada pelos constituintes da América do Norte em 1787 e da França em 1789. A Constituição dos Estados Unidos foi fiel a tripartição e desenvolveu a clássica doutrina dos freios e contrapesos que permite um recíproco controle entre os Poderes em questão. Já a Declaração dos Direitos francesa de 1789 no art. 16 prescrevia que todo Estado que não acolhesse em sua ordenação a garantia dos direitos individuais e o princípio da divisão de poderes careceria de Constituição.¹⁹⁸

Segundo Hans Kelsen,¹⁹⁹ a separação de poderes consiste num princípio de organização política, cuja significação histórica encontra-se especificamente no fato de que ele opera antes em face de uma concentração que a favor de uma

¹⁹⁶ BASTOS, 2001, p. 351-352.

¹⁹⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, t. I, p. 190-194.

¹⁹⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 161.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 385; 390; 402-403.

separação de poderes, pois a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo corresponde à idéia de democracia.

A divisão dos poderes nas democracias ocidentais é tida como um princípio fundamental, no entanto não é concretizada rigorosamente conforme o seu modelo teórico na medida em que numa perspectiva histórica nunca excluía, desde o seu começo, intromissões em esferas além dos limites fundamentais de competência. De fato, o moderno Estado social regula cada vez mais, por via de lei, situações concretas da vida social e econômica.²⁰⁰

No Brasil, já a Constituição imperial de 1824 previa o princípio da separação dos poderes no artigo 10: “Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.²⁰¹

Nota-se que havia uma função estatal a mais, a saber, a Moderadora ou neutra, por influência de Benjamin Constant segundo o qual tal Poder era a chave de toda a organização política, que à época era delegada privativamente ao imperador. Entretanto, este interferia no exercício das demais funções, na esfera legislativa nomeava senadores, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocava extraordinariamente a Assembléia Geral, sancionava e vetava proposições legislativas; no âmbito do Executivo nomeava e exonerava ministros de Estado e no Judiciário suspendia juízes, exercendo a clemência soberana quanto aos réus condenados por sentença.²⁰²

O Poder Moderador foi abolido pelo artigo 15 da Constituição Federal de 1891, nos seguintes termos: “São órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.²⁰³

²⁰⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 416-417.

²⁰¹ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 18.

²⁰² BULOS, 2003, p. 57.

²⁰³ BRASIL, op. cit., p. 66.

As Cartas brasileiras de 1891 até a vigente adotam o princípio da separação dos poderes em: Legislativo, Executivo e Judiciário. O texto constitucional de 1988 prevê em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁰⁴ e no art. 60, §4º, III²⁰⁵, proíbe expressamente que emenda constitucional possa aboli-lo, sendo assim cláusula pétrea no ordenamento pátrio.

Vale advertir que as funções estatais são conferidas a órgãos especializados em cada atribuição, sendo algumas típicas, por exemplo: ao Legislativo cabe elaborar as leis; ao Executivo cumpre resolver os problemas concretos e individualizados à luz das leis, exercendo sua função de governo, desempenhando atribuições políticas e de decisão; e ao Judiciário incumbe aplicar à lei nos casos concretos e litigiosos. Porém, também há funções atípicas ou secundárias na medida em que o Legislador igualmente administra e julga (arts. 51, IV, e 52, XIII); o Executivo julga e legisla (arts. 62 e 68, §2) e o Judiciário legisla e administra (art. 96, I, a e f).²⁰⁶

Ora, o princípio da separação dos poderes chegou a ser tido como dogma de organização governamental, nos termos do art. 16 da Declaração francesa de 1789, vez que possui incontestáveis méritos, no entanto não se adequa às exigências do Poder num Estado social, ajustando-se por sua vez ao Estado-guardião, não servindo para o Estado de bem-estar porque desequilibra os Poderes entre si, acarretando o avantajamento do Executivo em relação ao Legislativo. De fato, a promoção do bem-estar requer uma interação contínua e estreita entre o legislador e o administrador, contudo a Constituição de 1988 não encontrou o agenciamento adequado para as relações entre o Executivo e o Legislativo no Estado de bem-estar que consagre na medida em que atualmente se vê a Administração barganhar com parlamentares em troca de favores e de concessão de verbas eleitoreiras a fim de obter a aprovação de seus projetos, inclusive do orçamento.²⁰⁷

²⁰⁴ BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

²⁰⁵ Ibid, p. 63.

²⁰⁶ BULOS, 2003, p. 87.

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, 1993, p. 6-8.

Além disso, a realização dos direitos fundamentais sociais no Brasil exige um ativismo por parte do Poder Judiciário, sobremaneira no sentido de afastar o argumento de que a separação dos poderes não admite um controle jurisdicional da atividade governamental, sob pena de inviabilizar políticas públicas.²⁰⁸

Assiste razão a Uadi Lammêgo Bulos para quem a garantia dos direitos fundamentais é exceção ao princípio da separação dos poderes ou como prefere denominar das funções estatais:

Se quisermos conservar o referido princípio, sem exorbitar a sua configuração constitucional, insta repudiar o seu esvaziamento, por meio de interpretações desmensuradas da cláusula da independência e harmonia. Um órgão do poder deve sempre conter outro órgão do poder. Teoricamente, a interferência de um órgão sobre outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio, porque ele existirá, apenas, nominalmente, sem qualquer relevância prática.²⁰⁹

Portanto, no Brasil resta consagrada constitucionalmente no art. 2º a harmonia entre os poderes, que devidamente equilibrada é muito importante para a democracia, tanto é verdade que se revela verdadeira cláusula pétrea e assim não pode ser abolida, a teor do art. 60, §4º, inciso III.

Ocorre que, como já dito acima, não raro tal separação ou distribuição das funções estatais é usada de forma distorcida e equivocada para não concretizar os direitos fundamentais, sobretudo os sociais prestacionais, entretanto se deve levar em consideração que a separação dos poderes somente pode ser mitigada justamente em prol da implementação de tais direitos que são pressupostos democráticos de uma população cidadã.

A concretização dos direitos sociais no Brasil pode efetivamente ocorrer atualmente graças ao aumento crescente dos *royalties* advindos da exploração e da produção do petróleo ou do gás natural, que até pela sua natureza finita devem ser bem aproveitados por seus beneficiários, dentre os quais, os Municípios.

²⁰⁸ PIOVESAN, 1998, p. 84; 91.

²⁰⁹ BULOS, 2003, p. 88.

Nesse diapasão, mister se faz uma análise da indústria petrolífera internacional e nacional, bem como quanto à sua normatização e ao aproveitamento das rendas decorrentes do petróleo e do gás natural.

6 O PETRÓLEO

Considera-se petróleo “todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado.”²¹⁰

O petróleo já era conhecido desde a Antiguidade em virtude das exsudações freqüentes no Oriente Médio, sendo mencionado diversas vezes no Antigo Testamento. Estudos arqueológicos comprovam que foi empregado há quase seis mil anos, tendo os árabes, no início da era cristã, utilizado-o para fins bélicos e para iluminação.²¹¹

Muito embora haja registros de que o petróleo já era empregado de maneiras diferentes por povos antigos, somente no século XIX floresceu o efetivo interesse acerca do seu possível uso.²¹²

De fato, o começo do ciclo comercial do petróleo se deu nos Estados Unidos como remédio para tratar reumatismo, chamado de *Kier Rock Oil*, conforme campanha publicitária divulgada por Samuel Kier, que instalou em 1849 uma fábrica em *Pittsburg*, com objetivo de engarrafar e armazenar o milagroso óleo medicinal, vendido a um dólar a garrafa. Posteriormente, na década de 1850, o petróleo era denominado de óleo de iluminação a fim de munir as torcidas de lamparinas, substituindo o perigoso *camphene*. Assim, a era do petróleo destinado à iluminação durou até os fins do século XIX.²¹³

Com efeito, somente em 1854 ocorreram as primeiras tentativas de pesquisa graças a fundação da primeira companhia petrolífera dos Estados Unidos: a *Pennsylvania Rock Oil Company of New York*. Em virtude de uma crise financeira, arrendaram uma área grande no Estado da Pensilvânia, tendo sido fundada a *Seneca Oil*

²¹⁰ BARBOSA, Décio Hamilton (Coord.). **Guia dos royalties do petróleo e gás natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 154.

²¹¹ PETRÓLEO. In: ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1983, v. 16, p. 8851.

²¹² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

²¹³ MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. **Petróleo**: soberania & desenvolvimento. Rio de Janeiro: Bloch editores, 1970, p. 17-19.

Company of Connecticut.²¹⁴ O contrato de arrendamento previa o pagamento de um *royalty* de 12 centavos de dólar por galão de óleo extraído e estabelecia o verão de 1858 como começo das operações.²¹⁵

Um dos sócios da *Seneca Oil Company of Connecticut*, o Coronel (honorário) Edwin Laurentine Drake, contratou as perfuradoras de sal para produção de óleos, todavia os equipamentos importados das salinas se revelaram inadequados, porque causavam desmoronamentos das paredes internas do poço.²¹⁶ Então, o Coronel passou a revestir as paredes internas do poço com tubos de ferro formando a tubagem de revestimento.²¹⁷

Assim, em 27 de agosto de 1859, existia petróleo “no tubo”, iniciando-se a era do petróleo e de toda a indústria que se desenvolveu em decorrência das técnicas de refino. Começou a corrida do petróleo, tendo surgido na Pensilvânia próximo à região da descoberta várias empresas para realizar a exploração, a produção e o refino. Diante do resultado do êxito na perfuração e inexistindo instalações adequadas para estocar o grande aumento de produção de óleo cru, foram empregadas, improvisadamente, os barris de uísque que havia na área. Daí nasceu a medida-padrão utilizada pela indústria petrolífera até hoje, que cada barril corresponde a 159 litros.²¹⁸

A indústria do petróleo se desenvolveu muito rápido. Em 1860, apenas um ano após o poço pioneiro em *Titusville*, Pensilvânia, já existiam 174 poços e dezenas de companhias novas²¹⁹ e nos seus arredores já tinham sido construídas quinze refinarias. Em 1863 já eram sessenta refinarias na região com capacidade de 26.000 barris por semana. Em 1869, o petróleo era produzido em pequenas quantidades na Romênia, Rússia, Itália e Canadá. Em 1901, o México ingressou no domínio petrolífero e mais tarde chegou a segundo maior produtor mundial. Posteriormente,

²¹⁴ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 19.

²¹⁵ RUSH, Greenslade apud MARINHO JUNIOR, 1970, p. 20.

²¹⁶ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478, de 6-8-1997**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 18.

²¹⁷ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 21.

²¹⁸ MENEZELLO, op. cit., p. 18-19.

²¹⁹ LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo**. 9. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1959. p. 170-171.

respectivamente, em 1908, 1909 e 1911, surgiram como produtores a Argentina, *Trinidad* e Egito.²²⁰

Além do refino, passou-se a se tornar rentável o transporte de petróleo e derivados por dutos, a título de exemplo, pode-se citar o caso da *Standard Oil*, cujo homem forte foi John Rockefeller, que chegou a ter 33 subsidiárias, criando um verdadeiro trust, que foi dissolvido pela Suprema Corte em acórdão unânime de 15 de maio de 1911.²²¹

O uso do petróleo no início se fundava no refino para a produção de querosene, empregado na iluminação, entretanto com a invenção da lâmpada elétrica houve uma redução no mercado de derivados do petróleo. Apesar disso, o desenvolvimento da indústria automobilística elevou o consumo da gasolina, derivado do petróleo.²²² Ademais, substituiu com eficiência o carvão.

Contudo, da mesma forma que cresceu o consumo, também aumentou a dependência econômico-social do petróleo, tendo as duas Guerras Mundiais destacado sobremaneira a influência dos derivados do petróleo como estratégia decisiva.²²³ O que ainda permanece inalterado até hoje.

Em 17 de setembro de 1928, as grandes sociedades petrolíferas internacionais celebraram um acordo, chamado de Acordo de *Achnacarry*, por ter sido realizado no Castelo de *Achnacarry*, na Escócia. Tratava-se de um autêntico acordo de cartel, a fim de demarcar o mercado mundial, adotando o “preço cotado”, que atualmente ainda vigora no comércio mundial.²²⁴ Por isso, apesar da auto-suficiência nacional, os preços no Brasil não devem diminuir.

Outros acordos foram firmados, como o de Londres em 1934, que institucionalizou o cartel internacional, denominado “Sete Irmãs”, a saber: *Esso*, *Shell*, *Móbil*, *Anglo-Persian*, *Socal*, *Texaco* e *Gulf Oil*.²²⁵

²²⁰ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 24-25.

²²¹ MENEZELLO, 2000, p. 20-22.

²²² RIBEIRO, 2003, p. 33.

²²³ MENEZELLO, op. cit., p. 24.

²²⁴ MARINHO JUNIOR, op. cit., p. 99-101.

²²⁵ MENEZELLO, op. cit., p. 25.

A Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) nasceu em setembro de 1960 da necessidade dos países hospedeiros produtores se deferem, sobretudo com relação ao preço, frente ao Cartel Internacional do Petróleo, com o fim principal de unificar as políticas petrolíferas dos países-membros.²²⁶ Inicialmente, a OPEP estava composta apenas pela: Arábia Saudita, Irã, Iraque, Kuwait e Venezuela. Posteriormente, aderiram: Nigéria, Líbia, Emirados Árabes Unidos, Argélia, Indonésia, Catar, Equador e Gabão.²²⁷

Na década de 1970, aconteceram os “Choques do Petróleo”, quando a OPEP ainda comandava a política de preços do petróleo, tendo em 1971 celebrado um acordo com as companhias internacionais prevendo dois aumentos anuais. Entretanto, em 1973, por causa da Guerra do Yom Kippur, a OPEP parou de exportar para os apoiadores de Israel. Já o Segundo Choque se deu entre 1977 e 1978, devido às alterações políticas no Irã e ao aumento do consumo mundial do produto. Depois dos dois choques e do fim da Guerra Fria, os preços petrolíferos foram abaixando gradativamente.²²⁸ Contudo, hodiernamente permanecem a oscilar em virtude de conflitos no Oriente Médio onde se encontram muitos dos detentores de petróleo.

Portanto, percebe-se que a história do petróleo envolve ambição, interesses políticos, econômicos, bélicos, financeiros e desenvolvimentistas. O que se verifica ainda hoje, sobretudo, na guerra existente no Iraque com a invasão norte-americana motivada pela riqueza iraquiana em hidrocarbonetos, muito embora oficialmente seja justificada para que o país possa retomar a democracia.

Tendo em vista que o petróleo se trata de um recurso exaurível, ou seja, finito, deve ser utilizado e suas rendas, pensando-se no interesse da coletividade, sobretudo das gerações futuras que provavelmente não terão mais tal bem disponível.

Nesse sentido, é de suma relevância analisar as experiências positivas e mesmo negativas de vários países de diferentes partes do mundo no tocante à aplicação das rendas petrolíferas.

²²⁶ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 234-236.

²²⁷ PETRÓLEO. In: ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1983, v. 16, p. 8858.

²²⁸ MENEZELLO, 2000, p. 27-29.

6.1 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA RENDA PETROLÍFERA

A renda do petróleo, também conhecida como renda de *Hotteling*, não se aplica tão somente ao petróleo e ao gás, mas também a todos os recursos naturais esgotáveis, sob o aspecto econômico deve ser compreendida sob um enfoque temporal em virtude da finitude de suas reservas, pois atualmente a extração petrolífera impede que gerações futuras usufruam de seus benefícios, o que ocasiona um custo de oportunidade consistente num grau de sacrifício que se faz ao se escolher pela produção de um bem. Noutros termos, mesmo que exista concorrência, a exploração petrolífera e do gás gera uma renda consubstanciada na diferença entre o preço de mercado e o custo marginal de produção acima do normal, denominada renda de *Hotteling* ou custo de uso.²²⁹

No tocante às rendas petrolíferas, Ilmar Penna Marinho Junior destaca que

Muitos governos compreenderam o enorme potencial de crescimento da Renda Nacional resultante da rápida expansão da produção de óleo cru. Nessa perspectiva, quando o Estado concedente, tradicionalmente apegado ao sistema concessionário, não evoluía dentro do próprio sistema das concessões, tentando aumentar as rendas provenientes do petróleo, quer majorando os royalties e o índice de participação estatal nos lucros, quer desenvolvendo a sua produção, através de um regime de ativa cooperação em todos os níveis com as companhias privadas de petróleo (joint ventures), o Estado Nacional passaria, sobretudo, a intervir diretamente na economia do petróleo, de modo integrado, inclusive em grau de monopólio, através de empresas estatais.²³⁰

É certo que cada país trata de modo diferenciado a aplicação das rendas advindas do petróleo e do gás natural. No entanto, torna-se importante analisar certas experiências positivas e inclusive as negativas no âmbito internacional, pois apesar das especificidades sócio-econômicas de cada lugar servem até para que não se adote os mesmos erros ou se aproveite o mais breve possível de forma razoável tais recursos para concretizar os direitos fundamentais sociais no Brasil.

²²⁹ SANTOS, Edmilson Moutinho dos. Resource curse thesis e a regulação das participações governamentais do petróleo e gás no Brasil. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte: Fórum, v. 4, out/dez 2003, p. 45.

²³⁰ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 472.

6.1.1 Holanda

A experiência negativa no âmbito internacional mais citada pela doutrina ocorreu na década de 1970, quando a exploração de grandes jazidas de gás natural no Mar do Norte pelos Países Baixos (Holanda) gerou o fenômeno conhecido como *Dutch disease*. Com efeito, em virtude da exploração houve valorização da sua moeda, tornando seus produtos menos competitivos em relação a outras nações, elevando as importações e diminuindo as exportações, provocando crise na economia.²³¹

6.1.2 Venezuela

Outro caso que ainda hoje pode ser analisado é a experiência da Venezuela que em 1913, a concessão outorgada à *Shell* pelo governo da Venezuela previa um *royalty* de 5% sobre o valor da produção obtida pela concessionária, isentando-a de qualquer outro ônus ou imposto. Em 1948, foi instituída pioneiramente a participação igualitária nos lucros da produção, conhecido como “acordo de 50-50”. Posteriormente, em 1962, existia outra distribuição das rendas do petróleo: 67% iriam para o governo e 33% para as companhias petrolíferas.²³²

Atualmente, a Venezuela é dona de uma das maiores reservas de petróleo do hemisfério ocidental e única nação membro da OPEP. É a quinta maior produtora mundial de petróleo, sendo a extração a principal atividade econômica nacional, responsável por 80% das exportações. A receita petrolífera decorrente da extração, comandada pela estatal Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) responde por mais de 25% do Produto Interno Bruto (PIB) e gera mais de dois terços de tudo o que o governo arrecada em tributos. Apesar disso, de acordo com os dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) - usado para medir o bem estar da população - divulgados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2005 com dados de 2003, tal

²³¹ SANTOS, 2003, p. 44.

²³² MARINHO JUNIOR, 1970, p. 177;190.

país está apenas na 75ª posição²³³ e possui gravíssimos problemas sociais sem solução.

6.1.3 Noruega

Em 1990, na Noruega foi criado um fundo estatal que administra as rendas advindas do petróleo e do gás. Desse modo, tentou-se livrá-las da administração política na medida em que tal fundo aplica toda a renda fora do país em investimentos seguros, no intuito de preservar ditas rendas de possíveis crises dos setores industriais internos, redistribuindo à população essas receitas em forma de pensões aos mais idosos.²³⁴

Sérgio Honorato dos Santos²³⁵ destaca que o referido fundo criado na Noruega tem o propósito de garantir a continuidade de geração de renda quando ocorrer do petróleo acabar.

Cumprir registrar que sua economia apóia-se na extração de petróleo, responsável por 50% dos rendimentos de exportação, e de gás natural, mas também possui outra fonte de riqueza que é a produção pesqueira. Diferentemente da Venezuela, conforme os dados do IDH divulgados pelo órgão da ONU, a Noruega é o primeiro do *ranking* com o mais alto índice de desenvolvimento humano do mundo desde 2001.²³⁶

6.1.4 Alaska

No Estado americano do Alaska foi criado um fundo, denominado de *Alaska's Permanent Fund*, em que uma parte dos recursos decorrentes do petróleo

²³³ VENEZUELA. In: ALMANAQUE abril mundo. São Paulo: Editora abril, 2003, p. 40; 460-461.

²³⁴ SANTOS, 2003, p. 55.

²³⁵ SANTOS, Sérgio Honorato dos. O novo cenário dos royalties do petróleo. Disponível em: <www.apoiomunicipal.com.br/espaco_municipal_royalties.htm>. Acesso em: 27 mar. 2005.

²³⁶ NORUEGA. In: ALMANAQUE abril mundo. São Paulo: Editora abril, 2003, p. 40; 373.

continuará intocada, sendo aplicada em investimentos bancários de longo prazo, por sua vez a outra parte é distribuída anualmente a cada pessoa que lá vive.²³⁷

Assim, este Estado americano se destaca na medida em que os Estados Unidos é o país mais desigual entre os desenvolvidos, de acordo com o Pnud, muito embora seja o quarto mais rico do planeta (atrás apenas da Suíça, Dinamarca e Suécia), conforme a nova fórmula de calcular a riqueza dos países divulgada em dezembro de 2005 que leva em consideração diversas variáveis como os recursos naturais dos países e o nível de educação de sua população.²³⁸

6.1.5 Chade

Chade é uma ex-colônia francesa localizada no centro-norte da África. Muito embora detenha reservas de ouro e petróleo conhecidas desde a década de 1970, seu povo é um dos mais pobres, possuindo o país um dos IDH mais baixos do mundo, juntamente com Niger, Serra Leoa, Burkina Fasso, Mali e Giné-Bissau. A guerra civil não permitia a exploração petrolífera, apenas em outubro de 2003 teve início a produção de petróleo, que contou com o apoio do Banco Mundial.²³⁹

O Banco Mundial, por sua vez, estabeleceu regras para a aplicação das rendas petrolíferas de Chade como condição para um empréstimo de financiamento do projeto de oleoduto entre o dito país africano e Camarões, sendo elas: 80% dos recursos do petróleo devem ser investidos em educação, saúde, serviços sociais, desenvolvimento rural, infra-estrutura, proteção ambiental e recursos hídricos; e o restante irá para um fundo destinado às futuras gerações para o desenvolvimento regional das áreas de produção petrolíferas e para solucionar necessidades governamentais.²⁴⁰

Nota-se, assim, que o Banco Mundial acabou por vincular os recursos advindos da indústria petrolífera aos direitos sociais essenciais: educação e saúde.

²³⁷ SANTOS, 2003, p. 55.

²³⁸ ECONOMIA. In: ALMANAQUE abril mundo. São Paulo: Editora abril, 2003, p. 40.

²³⁹ CHADE. In: ALMANAQUE abril mundo. São Paulo: Editora abril, 2003, p. 40; 206-207.

²⁴⁰ SANTOS, op. cit., p. 55.

6.1.6 Grã-Bretanha

A experiência escocesa mostra que se deve investir na criação e atração de empresas fornecedoras, tendo sido criada no Reino Unido, o OSO visando o desenvolvimento local sustentável a partir dos recursos petrolíferos, pois apesar de não mais existir crescimento na produção de petróleo do Mar do Norte, os investimentos públicos e privados na região de Aberdeen, na Escócia conhecida como Capital Européia do Petróleo e da Energia, nos últimos 20 anos, foram responsáveis pela criação de uma tecnologia de ponta. Desse modo, os lucros aumentaram na medida em que as empresas da cidade de Aberdeen passaram a ser subcontratadas no próprio Mar do Norte e a vender serviços em várias outras regiões do mundo, o mesmo ocorreu com empresas norueguesas.²⁴¹

Assim, deve-se seguir os exemplos de modelos da Noruega, Alaska e Chade, bem como adotar a regra de Hartwick – segundo a qual os países aquinhoados com petróleo e gás devem aplicar as rendas decorrentes no financiamento da diversificação da economia rumo a atividades mais dependentes de trabalho e capital físico do que de hidrocarbonetos, de modo a assegurar que os benefícios de tais receitas alcancem as gerações futuras – devendo ser criada regulação específica de maneira a vincular as rendas petrolíferas, não deixando sua administração a discricionariedade do Poder Executivo, obrigando investimentos de longa duração como em infra-estrutura, políticas sociais e fundos de fomento.²⁴²

Como visto há várias experiências negativas e positivas que podem ser usadas como diretrizes para que o Brasil possa aproveitar suas rendas petrolíferas da melhor maneira possível rumo ao desenvolvimento e ao real Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, passa-se a analisar especificamente a normatização do petróleo no Brasil, inclusive quanto aos recursos advindos dessa indústria.

²⁴¹ SEBRAE. **Guia do gestor de município petrolífero**. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/br/guia_gestor/apresentacao.asp>. Acesso em: 7 jan. 2006, p. 13,14 e 21.

²⁴² SANTOS, 2003, p. 58.

6.2 NORMATIZAÇÃO DO PETRÓLEO NO PAÍS

O petróleo já era conhecido desde a Antiguidade, entretanto somente com o ocorrido na Pensilvânia, nos Estados Unidos, a partir do século XIX, passou a ser fator de riqueza e progresso do mundo civilizado, desencadeando a denominada “corrida do ouro negro”, que cruzou fronteiras e alastrou-se por outros países, dentre eles o Brasil.²⁴³

Remonta a 30 de novembro de 1864 a primeira norma acerca do petróleo no país consubstanciada no Decreto imperial nº 3.352 A, que outorgava ao inglês Thomas Denny Sargent a concessão para pesquisar petróleo na Bahia. Até 1889, com o fim da monarquia, foram 10 decretos nesse sentido.²⁴⁴

Dentre tais decretos imperiais, merecem destaque os Decretos nº 3.352-A de 1864 e nº 4.386 de 1869, pelos quais o Imperador concedeu a Thomas Denny Sargent e a Edward Pellew Wilson, pelo prazo de noventa e trinta anos, respectivamente, a extração de turfa, petróleo e outros minerais nas Comarcas de Camamu, Ilhéus e nas margens do Rio Maraú, na Bahia.²⁴⁵

Com efeito, a Constituição do Império de 1824 nada previa sobre a exploração de recursos minerais ou do petróleo. Por outro lado, a Constituição republicana de 1891, em seu artigo 72, §17, expressamente dispunha a respeito:

§17 – O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.
As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.²⁴⁶

Como bem salienta Maria D’Assunção Costa Menezello²⁴⁷, a primeira Carta da República adotou o regime da propriedade plena.

²⁴³ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 301.

²⁴⁴ MATTOS, Dirceu Lino de. O petróleo no Brasil. In: DALEMONT, Étienne. **O petróleo**. Tradução de Wanda da Motta Silveira. 2. ed. São Paulo: Difusão européia do livro. 1961, p. 155.

²⁴⁵ MARINHO JUNIOR, op. cit., p. 302.

²⁴⁶ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 101.

²⁴⁷ MENEZELLO, 2000, p. 30.

Nas primeiras concessões brasileiras, as escavações nos poços pioneiros somente visavam material para iluminação por serem rasos. Todavia, graças aos avanços nas técnicas de escavação, entre 1892 e 1897, foi realizada em Bofete, no Estado de São Paulo, pelo fazendeiro Eugênio Ferreira de Camargo, a primeira sondagem profunda tendo o poço atingido quase 500 metros, muito embora sua produção só de dois barris de petróleo tenha sido decepcionante.²⁴⁸

Surge em 1907 o Serviço Geológico e Minerológico do Brasil (SGMB) substituindo a Comissão de Estudos das Minas de Carvão-de-Pedra. Em seguida, o advento da Primeira Guerra Mundial se encarregou de dar impulso ao petróleo no país, sobretudo em virtude da necessidade de combustível líquido pelas indústrias, sendo iniciadas pesquisas para a descoberta de petróleo no Vale do Amazonas e, em especial, no Município de Rio Claro, em São Paulo.²⁴⁹

Em 1917, criou-se a Empresa Paulista de Petróleo, em Rio Claro,²⁵⁰ cuja sonda e vários técnicos eram do governo, comprovando assim o sistema de colaboração entre as companhias privadas e o SGMB que se prolongou até 1919 em virtude dos resultados negativos dessa cooperação na medida em que o governo sempre arcava com a parte mais onerosa da exploração. Assim, em 18 de agosto de 1919, em Marechal Mallet, no Paraná, o SGMB realizou a primeira sondagem federal.²⁵¹

Em 1930, após a revolução, aparecem algumas empresas privadas com o objetivo de explorar petróleo no Brasil, a saber: a Companhia Petrolífera Brasileira, a Companhia Petrolífera Cruzeiro do Sul, a Companhia Petróleos do Brasil e a Companhia Petróleo Nacional S.A., criada por Edson de Carvalho em associação com o escritor Monteiro Lobato.²⁵²

Em 08 de março de 1934 foi criado o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), pelo Decreto nº 23.979, que ainda existe e se encontra atualmente

²⁴⁸ SANTOS, Sérgio Honorato dos. **Royalties do petróleo**: à luz do direito positivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, p. 14.

²⁴⁹ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 305-306.

²⁵⁰ MENEZELLO, 2000, p. 31.

²⁵¹ MARINHO JUNIOR, op. cit., p. 306-308.

²⁵² MATTOS, 1961, p. 158.

vinculado ao Ministério de Minas e Energia (MME).²⁵³ No mesmo ano, foi publicado o primeiro Código de Minas do país pelo Decreto nº 24.642.

Por sua vez, a Constituição Federal, de 16 de julho de 1934, quanto aos recursos minerais, inovou ao diferenciar entre a propriedade do solo e do subsolo, bem como ao estipular a necessidade de autorização ou concessão:

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

Art. 119 – O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§1.º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.²⁵⁴

Também a Constituição da República de 1937 expressamente distinguia a propriedade do solo do subsolo e adotava o regime de concessões, pois praticamente repetia os dispositivos supracitados no artigo 143, modificando um pouco a redação na parte final do artigo 119 e em seu §1º quanto aos acionistas:

Art. 143 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

§1.º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.²⁵⁵

Como bem ressalta Dirceu Lino de Mattos,²⁵⁶ o monopólio estatal do petróleo consolidou-se por meio de dois decretos, que não reconheciam mais a propriedade privada de jazidas de petróleo e de gás natural nem admitiam a estrangeiros a sua pesquisa e exploração. O Decreto nº 306, de 11 de abril de 1938, alterou o Código de Minas, incorporando um novo título, instituindo o regime legal das jazidas de petróleo e gás natural. No mesmo ano, em 29 de abril, criou-se o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), pelo Decreto-lei nº 395, que também declarou de utilidade

²⁵³ DEPARTAMENTO Nacional da Produção Mineral. Disponível em: < www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=45&IDPagina=35> Acesso em: 7 jan. 2006.

²⁵⁴ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 172.

²⁵⁵ Ibid, p. 218.

²⁵⁶ MATTOS, 1961, p. 159.

pública a produção, importação, exportação, transporte, distribuição e comércio do petróleo bruto e seus derivados, bem como o refino de petróleo nacional ou importado.

Conforme ressalta Monteiro Lobato²⁵⁷, as leis posteriores à Constituição Federal de 1937 foram limitando o direito de organização das empresas de petróleo, excluindo gradualmente a participação do capital ou elemento estrangeiro, mesmo com relação aos naturalizados brasileiros.

Oficialmente, a descoberta do petróleo no Brasil somente ocorreu em 21 de janeiro de 1939, em Lobato, no Estado da Bahia.²⁵⁸ Contudo, de acordo com Ilmar Penna Marinho Junior²⁵⁹ e Dirceu Lino de Mattos²⁶⁰, há polêmica entorno da efetiva data do descobrimento do petróleo no país, pois em 1939 teria ocorrido apenas a abertura oficial do poço de Lobato, o qual teria sido descoberto realmente anos antes, em 1934 por Oscar Cordeiro.

Em 29 de janeiro de 1940, o Decreto-lei nº 1985 instituiu novo Código de Minas. E o Decreto-lei nº 3.236, de 7 de maio, em seu artigo 1º dispunha que as jazidas de petróleo e de gases naturais existentes no território nacional pertenciam à União e no seu artigo 4º exigia nacionalidade brasileira dos sócios ou acionistas das sociedades de mineração de petróleo.²⁶¹

Em 1941, o primeiro campo comercial de petróleo do país foi descoberto na Bahia, denominado campo de Candeias. No ano seguinte, foram descobertos os campos de Aratu e Itaparica, e em 1947, o de Dom João, na Bacia do Recôncavo baiano.²⁶²

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1946 ao abordar os recursos minerais, como as outras duas Cartas republicanas, manteve a dicotomia entre propriedade do solo e subsolo, bem como acolheu o regime de concessão:

²⁵⁷ LOBATO, 1959, p. 165.

²⁵⁸ MENEZELLO, 2000, p. 33.

²⁵⁹ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 341.

²⁶⁰ MATTOS, 1961, p. 159.

²⁶¹ MENEZELLO, op. cit., p. 33-34.

²⁶² SANTOS, 2002, p. 15.

Art. 152 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 153 – O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§1.º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.²⁶³

No entanto, percebe-se que a Carta de 1946 possibilitava a exploração de petróleo por estrangeiros, o que a diferenciava da anterior neste particular.

Em 1947, em meio a debates sobre política do petróleo, a ala dita nacionalista, cujo porta-voz era o General Horta Barbosa, teve como *slogan* “o petróleo é nosso”, exigindo o monopólio estatal para todas as fases da indústria petrolífera, a saber: pesquisa, lavra, refinação, transporte e distribuição.²⁶⁴

Nesse sentido, tramitou no Poder Legislativo o Projeto de Lei nº 1.516 de 1951, dando origem a Lei nº 2.004, de 3 de novembro de 1953, que criou a Petrobras, sob a forma de sociedade de economia mista, sendo definido o monopólio da União quanto à pesquisa, lavra, refinação, transporte marítimo do petróleo bruto e seus derivados, bem como por meio de dutos. À época, a importação e exploração não integravam o monopólio, tendo sido incorporadas mais tarde por atos governamentais. O Decreto nº 40.845 de 1957 estabelecia as relações entre o CNP e a Petrobras, sendo o primeiro órgão de orientação e fiscalização, ao passo que a segunda e suas subsidiárias eram executoras do monopólio estatal.²⁶⁵

Já a Constituição da República de 1967 foi a primeira a tratar especificamente sobre o petróleo, instituindo o Monopólio da União na esfera constitucional:

Art. 161 – As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§1.º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

²⁶³ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 289.

²⁶⁴ MARINHO JUNIOR, 1970, p. 361.

²⁶⁵ MENEZELLO, 2000, p. 35.

§2.º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§3.º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

§4.º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

Art. 162 – A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.²⁶⁶

A Emenda Constitucional ou Constituição de 1969 repetiu literalmente os dispositivos supracitados da Carta de 1967, tão somente modificando a numeração de seus artigos para 168 e 169.²⁶⁷

Ante o advento da crise internacional do petróleo no começo da década de 1970, a partir de 1975 foram implantados pelo Presidente Geisel no Brasil os denominados contratos de riscos, sem qualquer fundamento infraconstitucional, cuja natureza jurídica era de contratos de prestação de serviços celebrados entre a Petrobras e as empresas privadas detentoras de tecnologia, responsáveis pelos estudos e trabalhos exploratórios.²⁶⁸

Também a Constituição de 1988 seguiu a tradição constitucional iniciada em 1934, prevendo a dicotomia entre a propriedade do solo e do subsolo:

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.²⁶⁹

A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, modificou a redação do §1º do artigo 176, tratando do regime de concessões:

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas

²⁶⁶ BRASIL. Constituições ..., 1986, p. 397.

²⁶⁷ Ibid, p. 586.

²⁶⁸ MENEZELLO, 2000, p. 36.

²⁶⁹ Constituição (1988). In: BARBOSA, 2004, p. 34.

O Monopólio da União, por sua vez, está previsto no texto constitucional de 1988:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.²⁷⁰

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, pôs fim ao monopólio da Petrobras, modificando a redação do §1º do artigo 177, nos seguintes termos: “§ 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.”²⁷¹

Noutros termos, a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 alterou o artigo 177 da Constituição de 1988, mantendo o monopólio da União quanto aos recursos minerais previstos no inciso IX do artigo 20, no entanto quebrou o monopólio da Petrobras ao permitir que empresas privadas pudessem executar as atividades de exploração e produção por meio de contratos de concessão.²⁷²

A Carta de 1988 igualmente foi a primeira a garantir expressamente aos Municípios participação nos resultados da exploração de petróleo:

Art. 20. São bens da União:

(...)

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI – o mar territorial;

(...)

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

²⁷⁰ Constituição (1988). In: BARBOSA, 2004, p. 34.

²⁷¹ Ibid, p. 34-35.

²⁷² BARBOSA, 2001, p. 9.

§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.²⁷³

Portanto, o §1º do artigo 20 – supratranscrito – trata-se de inovação da Constituição Federal de 1988 na medida em que inexistia disposição idêntica nas Cartas brasileiras anteriores, sendo de suma importância para a análise dos *royalties* no Brasil e para os objetivos aqui pretendidos, afinal é o sustentáculo constitucional do direito a *royalties* dos Municípios em coerência com o art. 1º que consagrou a municipalidade parte da Federação em paridade com os demais entes federativos.

No Brasil, as empresas concessionárias pagam pela atividade petrolífera tributos e contribuições sociais, além disso, conforme se verá a seguir, participações governamentais.

A Lei nº 9.478 de 1997,²⁷⁴ conhecida como Lei do Petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) no art. 2º e a denominada à época Agência Nacional do Petróleo (ANP) no art. 7º, bem como previu no artigo 45 as seguintes participações governamentais: os bônus de assinatura, os *royalties*, as participações especiais e o pagamento pela ocupação ou retenção de área.

Em 2005, a produção anual de petróleo no país cresceu 13%²⁷⁵ graças aos avanços tecnológicos que propiciaram a exploração em águas profundas e ultraprofundas, sendo indúvidoso que as várias descobertas recentes prometem um futuro promissor, conforme demonstra a tabela abaixo:

Tabela 1 – Descobertas de petróleo no Brasil em 2004

ESTADO	NÚMERO	%
ESPÍRITO SANTO	23	31,50

²⁷³ Constituição (1988). In: BARBOSA, 2004, p. 30-31.

²⁷⁴ Lei 9.478 ..., 2004, p. 13,

²⁷⁵ REVISTA Petrobras. Rio de Janeiro, ano 12, n. 112, abr. 2006, p. 5.

RIO DE JANEIRO	18	24,65
RIO GRANDE DO NORTE	14	19,17
BAHIA	8	10,95
SÃO PAULO	4	5,47
ALAGOAS	3	4,10
SERGIPE	2	2,73
SANTA CATARINA	1	1,36
TOTAL	73	100,00

Fonte: ANP (2004) apud SARCINELLI (2005).

Ora, a extensão das bacias sedimentares brasileiras é de quase 6.400.000 (seis milhões e quatrocentos mil) quilômetros quadrados, incluindo as do mar, entretanto as áreas de exploração e de produção concedidas pela ANP não chegam a somar 200.000 quilômetros quadrados, ou seja, menos de 3%. Assim, ainda existem grandes chances de se encontrar mais petróleo tanto em terra quanto em mar.²⁷⁶

Em 2006, o país conquistou a auto-suficiência em petróleo e é líder mundial no desenvolvimento da produção em águas profundas (a mais de 400 metros) e ultraprofundas (a partir de 1.000 metros), onde estão a maior parte das reservas de óleo e de gás do Brasil, região que representa 780.000 quilômetros quadrados da plataforma continental brasileira.²⁷⁷ Contudo, a regulamentação da indústria do petróleo precisa acompanhar tal desenvolvimento.

Por isso, existem projetos em trâmite no Congresso Nacional como é o caso do Projeto de Lei nº 226/2005²⁷⁸ conhecido como a “Nova Lei do Gás” e o Projeto de Lei nº 1.618/2003 prevendo nova distribuição dos *royalties* para todos os Municípios.

Ante os objetivos do presente estudo, dentre as participações governamentais previstas na Lei do Petróleo, analisar-se-á mais detidamente acerca dos *royalties*.

²⁷⁶ REVISTA Petrobras, 2006, p. 20.

²⁷⁷ Ibid, p. 23.

²⁷⁸ BRASIL. Projeto de Lei 226, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=74215>. Acesso em: 7 jan. 2006.

6.3 OS ROYALTIES NO BRASIL

Os *royalties* representam uma das maneiras mais remotas de pagamento de direitos. Etimologicamente, a palavra *royalty* vem do inglês *royal* que quer dizer “da realeza” ou “relativo ao rei”. De fato, originalmente, consubstanciava-se no pagamento devido ao rei pelo uso de minerais em suas terras.²⁷⁹

O *royalty*, pelo menos do ponto de vista econômico, não é propriamente um imposto ou taxa, mas possui a finalidade de indenizar o proprietário pelo direito de se extrair um recurso não renovável. Sob a ótica jurídica, consiste numa compensação pecuniária pelo uso de um bem material ou imaterial cuja propriedade pertence a outro, sendo certo que no Brasil o subsolo é da União, nos termos do artigo 20 da Constituição de 1988. Contudo, a repartição dos recursos arrecadados pelos *royalties*, principalmente entre os Estados e os Municípios, explica-se pelo fato de existir: uma cessão de direito mediante uma compensação financeira, com efeitos econômicos positivos, mas tão somente provisórios enquanto a reserva durar, cujas externalidades negativas podem ser definitivas, sendo a dimensão essencialmente local das externalidades positivas e negativas concernentes à produção de petróleo e de gás natural.²⁸⁰

No Brasil, conforme se observará a seguir, o conceito dos *royalties* do petróleo está expresso no artigo 11 do Decreto nº 2.705 de 1998, tendo sido bem sintetizado por Sérgio Honorato dos Santos:

Os *royalties* constituem compensação financeira devida, principalmente, a Estados, Distrito Federal e Municípios pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções. Cada concessionário deverá recolhê-los à Secretaria do Tesouro Nacional, em moeda nacional, através de DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais), até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu a produção.²⁸¹

²⁷⁹ BARBOSA, 2001, p. 12.

²⁸⁰ DUTRA, Luis Eduardo Duque. **Petróleo, preços e tributos**: experiência internacional e política energética nacional. Rio de Janeiro: Tama, 1998, p. 104-105.

²⁸¹ SANTOS, 2002, p. 31.

Para Marilda Rosado de Sá Ribeiro²⁸², “o valor dos *royalties* é uma percentagem ao valor da produção, que é obtido considerando-se os volumes de petróleo e gás natural produzidos no campo durante o mês e os preços de referência naquele mês.”

Após tais considerações gerais, torna-se necessário uma análise sobre a previsão legal dos *royalties* do petróleo no país, esclarecendo que não é objetivo do presente estudo tratar especificamente acerca da distribuição ou cálculo dos *royalties* no Brasil, mas tão somente analisar a aplicação dada pelos Municípios em face da vinculação dos direitos fundamentais sociais e a necessidade de concretizá-los.

A Lei nº 2.004 de 1953 definiu as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo (CNP), instituiu a Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e estabeleceu no artigo 27 pela primeira vez no Brasil o pagamento de *royalties* que deveria ser efetuado por esta e suas subsidiárias, muito embora não constasse expressamente no texto legal tal denominação e fosse a sua previsão limitada somente a 5% destinada aos Estados, Territórios e Municípios sobre o valor da produção terrestre ou “em terra” de petróleo e gás natural, os quais deveriam ser aplicados, preferencialmente, na produção de energia elétrica e na pavimentação de rodovias.²⁸³

No mesmo ano de 1953, o artigo 27 da Lei nº 2.004 foi alterado pela Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, nos seguintes termos:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra do petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, de indenização de 1% (um por cento) aos Municípios onde fizerem a mesma lavra ou extração.²⁸⁴

Ocorre que 41,5% da produção brasileira em 1980 já vinham das reservas marítimas, sobre as quais não incidiam *royalties*.²⁸⁵

Nesse sentido, a Lei nº 7.453,²⁸⁶ de 27 de dezembro de 1985, passou a prever o pagamento de *royalties* também em caso de extração na plataforma continental,

²⁸² RIBEIRO, 2003, p. 383.

²⁸³ BRASIL. Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953. In: Disponível em: <www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

²⁸⁴ BRASIL. Lei 3.257, de 2 de setembro de 1957. In: Disponível em: <www6senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

²⁸⁵ DUTRA, 1998, p. 104.

bem como em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres. Ainda, estabeleceu que tais recursos deveriam ser aplicados, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio-ambiente e saneamento básico.

Contudo, a referida lei manteve o percentual de 5%, cuja arrecadação era distribuída da seguinte maneira: 1,5% aos Estados e Territórios confrontantes com poços produtores; 1,5% aos Municípios confrontantes com poços produtores e aos pertencentes às respectivas áreas geo-econômicas; 1% ao Ministério da Marinha e 1% para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios. Ato contínuo, a Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, introduziu os conceitos de região geoeconômica e da extensão dos limites territoriais dos Estados e Municípios litorâneos na plataforma continental, ambos da competência da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo tais conceitos aplicados até hoje na distribuição dos *royalties* advindos da produção em mar de petróleo e gás natural. Esta última legislação foi regulamentada pelo Decreto nº 93.189, de 29 de agosto de 1986, que determina o traçado de linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados, Territórios e Municípios a ser empregado pelo IBGE a fim de definir os poços confrontantes.²⁸⁷

O artigo 7º da Lei nº 7.525 de 27 de julho de 1986, que alterou o §3º do artigo 27 da Lei nº 2.004/1953, dispunha que os recursos advindos dos *royalties* do petróleo deveriam ser “... aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios, exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico.”²⁸⁸ Contudo, cumpre registrar que a Lei do Petróleo revogou a Lei nº 2.004/1953 e assim não há mais previsão legal quanto à sua aplicação, sobretudo com relação aos Municípios.

Com efeito, em 1989 a produção no mar representava mais de três terços da produção total brasileira.²⁸⁹ Nesse contexto e com base no §1º do artigo 20 da

²⁸⁶ BRASIL. Lei 7.453, de 27 de dezembro de 1985. In: Disponível em: <www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

²⁸⁷ BARBOSA, 2001, p. 12.

²⁸⁸ BRASIL. Lei 7.525, de 27 de julho de 1986. In: SANTOS, Sérgio Honorato dos. **Royalties do petróleo à luz do direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, p. 166.

²⁸⁹ DUTRA, 1998, p. 104.

Constituição Federal de 1988, foi promulgada neste mesmo ano a Lei nº 7.990²⁹⁰, que instituiu compensação financeira correspondente a 5% do resultado da exploração de petróleo ou de gás natural, isto é, *royalties* para os Estados, Distrito Federal e Municípios, em seus respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.

O Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991 – que regulamentou a Lei nº 7.990 de 1989 – modificou a distribuição da parcela de 5% dos *royalties*, estabelecendo o pagamento de 0,5% aos Municípios onde se localizam instalações de embarque e desembarque de petróleo ou de gás natural, bem como diminuiu o percentual dos Estados de 4% para 3,5%, no caso da lavra em terra e o percentual do Fundo Especial de 1% para 0,5%, quando a lavra se fixa na plataforma continental.²⁹¹

A parcela de 5% de *royalties* - cujos critérios de distribuição se encontram na Lei nº 7.990/1989 regulamentada pelo Decreto nº 1/1991 - em caso de lavra em terra, será distribuída da seguinte maneira: 70% aos Estados produtores, 20% aos Municípios produtores e 10% aos Municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo ou gás natural. Por outro lado, quando a lavra for na plataforma continental: 30% aos Estados confrontantes com poços, 30% aos Municípios confrontantes com poços, 20% ao Comando da Marinha, 10% ao Fundo Especial (Estados e Municípios) e 10% aos Municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e de gás natural.²⁹²

O artigo 8º²⁹³ da Lei nº 7.990/1989 vedou expressamente a aplicação dos *royalties* em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal. Todavia, tal proibição foi mitigada pela Lei nº 10.195/2001 que acrescentou os §§1º e 2º ao referido dispositivo no sentido de permitir o pagamento de dívidas para com a União e suas entidades, bem como admitiu sua utilização para capitalização de fundos de previdência.

²⁹⁰ BRASIL. Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989. In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 45.

²⁹¹ BARBOSA, 2001, p. 12.

²⁹² Ibid, p. 47.

²⁹³ BRASIL. Lei 7.990 ..., 2004, p. 47.

Por sua vez, o art. 9º da Lei nº 7.990/1989 estipula no tocante à parcela de 5% dos *royalties* que dos 30% destinados aos Estados 25% devem ser transferidos aos Municípios, observando-se os mesmos critérios de distribuição de recursos previstos no art. 158, inciso IV e parágrafo único da Constituição Federal, e os mesmos prazos fixados para entrega de tais rendas, contados a partir do seu recebimento:²⁹⁴

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...)

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único – As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizados em seu território;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

A Lei nº 9.478/1997,²⁹⁵ como já dito, chamada de Lei do Petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP), implantada pelo Decreto nº 2.455 de 24 de janeiro de 1998²⁹⁶, hoje denominada Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis em virtude da alteração dada pela Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005.²⁹⁷

Cumprе salientar que a distribuição dos *royalties* é responsabilidade da ANP e que até 6 de agosto de 1998 os pagamentos dos *royalties* do petróleo eram feitos diretamente aos beneficiários, todavia a partir de tal data passaram a ser efetuados à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a qual os repassa aos beneficiários por meio do Banco do Brasil.²⁹⁸

²⁹⁴ BARBOSA, 2001, p. 76-77.

²⁹⁵ BRASIL. Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. In: BRASIL. **Legislação do petróleo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 2004, p. 13-46.

²⁹⁶ BRASIL. Decreto 2.455, de 14 de janeiro de 1998. In: BRASIL. **Legislação do petróleo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 2004, p. 83-100.

²⁹⁷ BRASIL. Lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: <www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

²⁹⁸ BARBOSA, 2001, p. 13.

O artigo 45 da Lei nº 9.478 de 1997 prevê expressamente os *royalties* como uma das participações governamentais a serem pagas obrigatoriamente pelas empresas concessionárias que exploram e produzem petróleo e gás natural:

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.
§1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.²⁹⁹

De acordo com o artigo 47 da Lei do Petróleo, os *royalties* serão pagos em quantia correspondente a 10% da produção de petróleo e gás natural, entretanto a ANP poderá no edital de licitação diminuir para 5%, no mínimo, tendo em vista os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes. Conforme os artigos 48 e 49, a parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, de 5% da produção será distribuída segundo os critérios supracitados da Lei nº 7.990 de 1989 (regulamentada pelo Decreto nº 1/1991) e a parcela que exceder a 5% será distribuída da seguinte forma conforme a Lei nº 9.748/1997 e Decreto nº 2.705/1998): I – quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres (52,5% aos Estados onde ocorrer a produção; 15% aos Municípios onde ocorrer a produção; 7,5% aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e de gás natural; 25% ao Ministério da Ciência e Tecnologia) e II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental (22,5% aos Estados produtores confrontantes; 22,5% aos Municípios produtores confrontantes; 15% ao Ministério da Marinha; 7,5% aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural; 7,5% para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios; 25% ao Ministério da Ciência e Tecnologia).³⁰⁰

O Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998, em seu artigo 1º repete a previsão das quatro participações governamentais constantes da Lei nº 9.478 de 1997 e

²⁹⁹ BRASIL. Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 147.

³⁰⁰ *Ibid*, p. 147-149.

aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural, bem como define critérios para cálculo e sua cobrança, dedicando o Capítulo VI integralmente aos *royalties*, cujo conceito se encontra no artigo 11:

Art. 11. Os *royalties* previstos no inciso II do art. 45 da Lei 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.³⁰¹

O mesmo Decreto nº 2.705 de 1988 também trata das demais participações governamentais, inclusive em capítulos separados. O capítulo V³⁰², nos artigos 9º e 10, define o bônus de assinatura como a quantia ofertada pelo licitante vencedor a ser paga em parcela única de forma integral no ato da assinatura do contrato de concessão de petróleo ou de gás natural.

Diferentemente do bônus de assinatura, que corresponde ao ônus financeiro pago pela outorga da concessão, independentemente do êxito ou não na exploração ou produção, os *royalties* se tratam de uma obrigação de resultado, previstos em contrato e exigíveis, nos termos do artigo 11 do Decreto nº 2.705 de 1998, a partir do mês que ocorrer a produção, em cada campo, sendo uma compensação financeira.³⁰³

O capítulo VII, do Decreto nº 2.705 de 1998 em seus artigos 21 a 27, trata da participação especial, verdadeira compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural tão somente na hipótese de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, consoante critérios previstos no artigo 22, a ser paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção. O concessionário estará isento caso o volume de produção

³⁰¹BRASIL. Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 182.

³⁰²BRASIL. Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 182.

³⁰³MENEZELLO, 2000, p. 141.

seja igual ou inferior a 450 (em milhares de metros cúbicos de petróleo equivalente).³⁰⁴

Por sua vez, o capítulo VIII do Decreto nº 2.705 de 1998 no seu artigo 28 estabelece o pagamento pela ocupação ou retenção de área consubstanciada na quantia a ser paga pelos concessionários anualmente a partir da data da assinatura do contrato, independentemente do início ou não das atividades, trata-se de uma espécie de aluguel devido pela área, que varia conforme a etapa em que se encontra a concessão.³⁰⁵

O decreto nº 3.520³⁰⁶, de 21 de junho de 2000, dispõe acerca da estrutura e do funcionamento do CNPE, criado pela Lei do Petróleo, que se trata de órgão de assessoramento do Presidente da República.

Portanto, como visto, não há ainda normas constitucionais ou infraconstitucionais quanto à aplicação dos *royalties* do petróleo e do gás recebidos pelos Municípios. No entanto, há a possibilidade de que isto mude em virtude da existência de projetos de leis já tramitando no sentido de dar nova distribuição aos *royalties* e até vincular sua destinação à concretização dos direitos fundamentais sociais.

A título de exemplo, pode-se citar o Projeto de Lei nº 1.618 de 2003 do Deputado Mauro Passos em trâmite no Congresso Nacional prevendo nova distribuição com alíquota progressiva dos *royalties* em que todos os Municípios brasileiros (produtores e não produtores) receberiam. Contudo, tal projeto já foi submetido a várias emendas e tem por objeto regulamentar a distribuição das rendas decorrentes da compensação financeira pela exploração de petróleo ou gás natural na plataforma continental, com a seguinte justificativa:

... os recursos naturais da plataforma continental considerados em nossa Carta Magna como bens da União, é questão de justiça distribuir-se eqüitativamente o resultado econômico proveniente de seu aproveitamento entre todos os Estados e Municípios do País, de tal forma que todos os

³⁰⁴ SANTOS, 2002, p. 28.

³⁰⁵ BARRETO, Maria da Graça Manhães. **O government take e o impacto da legislação tributária nas operações de petróleo e derivados**. 2002, p. 69. citada por RIBEIRO, 2003, p. 384.

³⁰⁶ BRASIL. Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000. In: BRASIL. **Legislação do petróleo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 2004, p. 152.

brasileiros, por definição, iguais perante a Lei, possam aproveitar a riqueza nacional, sem que haja qualquer privilégio.

É inescusável, entretanto, que a atividade de escoamento, de petróleo e gás natural e a demanda dos serviços daí decorrente provoquem alguns impactos sobre a infra-estrutura estadual e municipal, principalmente no que diz respeito à saúde, à educação, ao transporte e à segurança; porém, tal impacto não será de tal monta a justificar a apropriação, por esses mesmos Estados e Municípios, da totalidade dos recursos financeiros provenientes do aproveitamento de riquezas que não pertencem somente a eles, senão a toda a população brasileira.

A distribuição progressiva da receita proveniente da compensação financeira pelo aproveitamento de petróleo e gás natural em depósitos situados na plataforma continental e a previsão da entrada em vigor da lei ensejam a adaptação dos orçamentos municipais e estaduais à nova e mais, justa distribuição desses valores.

É com o propósito de fazer respeitar o princípio de nossa Carta Magna, da igualdade entre os cidadãos brasileiros em relação ao aproveitamento de recursos naturais pertencentes à União, que oferecemos a presente proposição, esperando obter dos ilustres Parlamentares o mais decisivo apoio, com o fito de sua mais pronta transformação em diploma legal.³⁰⁷

Todavia, a referida proposição foi distribuída às Comissões de Minas e Energia (CME), Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, de Finanças e Tributação, e de Constituição e Justiça e de Cidadania. Coube ao Deputado Nelson Meurer, designado relator, a tarefa de preparar parecer em que se pronunciou pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.618/2003, da Emenda substitutiva global EMC nº 1/2003 – CME e do Projeto de Lei nº 4.887/2005 (de autoria da Deputada Rose de Freitas) que elege o inverso do índice de desenvolvimento humano municipal (IDH-M) como critério de distribuição da compensação financeira, na forma de substitutivo e pela rejeição do Projeto de Lei nº 1.636/2003, de autoria do Deputado Eduardo Cunha.³⁰⁸

Também, há o Projeto de Lei nº 23 de 2005 do Deputado Jurandy Loureiro em trâmite na Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo que dispõe sobre a aplicação de recursos advindos dos *royalties* do petróleo pelos Municípios capixabas com objetivo de realizar os direitos fundamentais sociais, nos seguintes termos:

Art. 1º Os municípios do Estado do Espírito Santo beneficiários dos recursos originários do pagamento de *royalties* do petróleo, deverão

³⁰⁷ BRASIL. Projeto de Lei 1.618, de 18 de fevereiro de 2005. In: Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2003&Numero=1618&sigla=PL>. Acesso em: 7 jan. 2006.

³⁰⁸ COMISSÃO de Minas e Energia. In: Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=126743>. Acesso em: 7 jan. 2006.

destinar os recursos em investimentos de infra-estrutura, saneamento básico, desenvolvimento econômico, revitalização da estrutura pesqueira, saúde e educação.

Art. 2º Fica proibida a utilização de recursos dos *royalties* do petróleo em gastos de custeio.

(...)

JUSTIFICATIVA

A idéia diretriz da presente proposição é garantir que as prefeituras destinem os recursos dos *royalties* do petróleo exclusivamente em investimentos de infra-estrutura, saneamento básico, desenvolvimento econômico, saúde e educação, coibindo a aplicação do recurso em obras que não gerem retorno, renda e emprego.

Os *royalties* do petróleo são compensações financeiras pagas pelas empresas que exploram a sua produção, e buscam garantir que as prefeituras direcionem esses recursos no desenvolvimento local e nos gastos de suas demandas sociais, tudo para assegurar a sustentabilidade econômica dos municípios quando as reservas de petróleo acabarem.

Face às considerações acima elencadas, solicito aos meus insígnis pares o apoio necessário, votando favoravelmente na presente proposição.³⁰⁹

Portanto, o legislador pátrio está atento ao fato de que os concessionários da indústria do petróleo podem ser uma ótima fonte de renda. Afinal, a Petrobras é a maior empresa em atividade do país e também a maior contribuinte do Brasil, a título de exemplo, ao longo de 2005 recolheu aos cofres públicos R\$ 45.700.000.000,00 (quarenta e cinco bilhões e setecentos milhões de reais) em impostos, *royalties*, taxas e contribuições sociais.³¹⁰

Não se pretende aprofundar no debate sobre a natureza jurídica das participações governamentais, pois muito já se especulou se seria tributária ou contratual. Entretanto, concorda-se com Maria D'Assunção Costa Menezello³¹¹ que entende tratar-se de obrigação legal-contratual, tendo em vista que o governo pode auferir recursos de muitos modos na medida em que há obrigações imediatas para o concessionário no caso dos bônus de assinatura do contrato e obrigações advindas da partilha da produção, que se revelam nos *royalties* e nas participações especiais.

De fato, a grande questão das rendas petrolíferas, sobretudo dos *royalties*, não diz respeito a sua arrecadação, mas se revela na preocupação no tocante a sua aplicação – que não teve no Brasil a devida previsão legal – pelos diversos

³⁰⁹ BRASIL. Projeto de Lei 23, de 18 de fevereiro de 2005. In: Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/images/documento_spl/2532.html>. Acesso em: 7 jan. 2006.

³¹⁰ REVISTA Petrobras, 2006, p. 8.

³¹¹ MENEZELLO, 2000, p. 139.

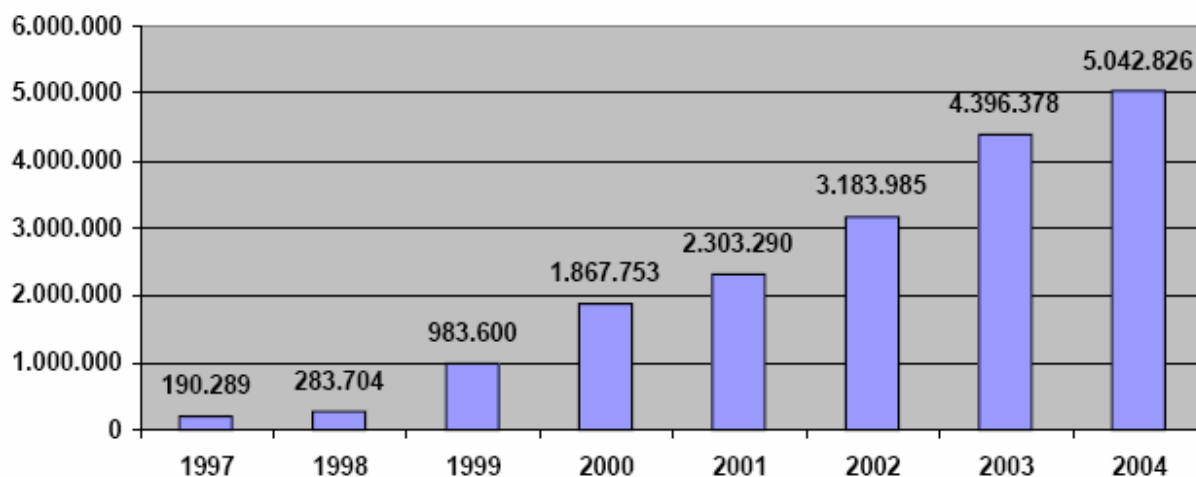
beneficiários, em especial os Municípios, de modo que toda a coletividade possa usufruir de tais recursos.³¹²

A título de exemplo, vale citar que nas três primeiras licitações de blocos realizadas pela ANP em 1999, 2000 e 2001 as alíquotas dos *royalties* foram fixadas em 10% nos respectivos editais e constaram, de igual modo, dos contratos de concessão.³¹³

De acordo com a própria ANP, a elevação dos *royalties* no país, sobretudo após a flexibilização do monopólio, deve-se ao aumento da alíquota básica de 5% para 10%, ao movimento ascensional de preços do petróleo no mercado internacional, aos impactos da taxa de câmbio e ao aumento da produção.³¹⁴

A arrecadação de *royalties* no período de 1997 a 2004 gerou um valor total de R\$ 18.025.000.000,00 (dezoito bilhões e vinte e cinco milhões de reais), conforme se verifica na tabela abaixo elaborada pela ANP a partir de milhares de reais³¹⁵:

Tabela 2 – Evolução da arrecadação dos *royalties* no Brasil de 1997 a 2004



Fonte: ANP (2006).

Tendo em vista que o petróleo e o gás natural são recursos não renováveis, cumpre aos diversos beneficiários dos *royalties* aproveitá-los bem enquanto ainda estão em plena ascensão, consoante demonstra a tabela da ANP em milhares de reais:³¹⁶

³¹² SANTOS, 2003, p. 47.

³¹³ BARBOSA, 2001, p. 20.

³¹⁴ ANP. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

³¹⁵ **CONSOLIDAÇÃO das participações governamentais – 2004.** Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

Tabela 3 - Distribuição dos *royalties* no Brasil entre 1997 a 2004

Beneficiários	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Total	190.289	283.704	983.600	1.867.753	2.303.290	3.183.985	4.396.378	5.042.826
Unidades da Federação	76.095	106.885	330.444	623.287	762.479	1.020.960	1.413.174	1.618.686
Amazonas	3.742	6.587	20.274	48.561	59.679	70.308	90.480	113.978
Ceará	1.298	1.600	4.267	6.688	8.579	9.357	14.154	13.735
Rio Grande do Norte	13.924	18.623	49.698	85.150	90.134	103.435	140.946	163.848
Alagoas	1.083	1.656	5.206	9.463	11.742	14.398	23.037	29.053
Sergipe	4.935	6.223	16.446	28.800	31.831	39.810	55.526	63.659
Bahia	9.181	12.433	33.954	58.857	70.990	77.689	114.993	129.686
Espírito Santo	1.489	2.166	7.446	13.919	24.347	31.131	59.279	51.617
Rio de Janeiro	38.618	55.942	190.041	367.806	461.458	671.656	907.744	1.041.661
São Paulo	859	1.000	2.088	1.839	2.184	2.497	4.000	3.947
Paraná	966	617	1.019	2.151	1.496	660	3.017	7.503
Santa Catarina	-	39	4	53	40	19	0	0
Municípios pertencentes às Unidades da Federação	71.364	101.355	327.440	622.860	769.298	1.070.436	1.474.619	1.700.446
Amazonas	1.220	2.160	7.514	16.577	20.265	24.839	37.782	48.232
Pará	-	-	-	-	-	640	1.070	1.073
Amapá	-	-	-	-	-	113	189	189
Ceará	1.335	1.684	4.831	9.098	11.633	12.005	19.363	19.651
Rio Grande do Norte	6.552	8.937	26.429	43.778	47.435	67.217	97.011	112.259
Paraíba	341	425	940	1.793	2.206	320	0	0
Pernambuco	1.829	2.550	5.640	10.756	13.235	1.921	343	10.669
Alagoas	826	1.104	2.934	4.989	5.982	14.097	20.183	23.376
Sergipe	3.615	4.588	13.590	20.995	22.162	40.395	54.025	58.720
Bahia	4.798	6.679	18.720	31.334	39.032	54.192	79.644	87.800
Minas Gerais	632	791	1.764	3.365	4.148	603	1.771	4.211
Espírito Santo	2.219	2.883	7.618	14.132	19.668	28.453	52.078	61.201
Rio de Janeiro	41.986	60.652	206.708	397.059	497.353	740.207	997.787	1.138.917
São Paulo	3.199	5.154	20.376	49.910	63.863	57.090	73.959	83.815
Paraná	1.106	1.065	1.939	3.943	3.702	980	1.978	8.541
Santa Catarina	341	776	3.816	6.273	8.181	16.192	20.812	21.157
Rio Grande do Sul	1.365	1.908	4.621	8.857	10.434	11.171	16.624	20.633
Fundo Especial¹	14.277	20.449	68.469	131.058	163.036	233.672	322.353	368.742
Beneficiários	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
União	28.554	55.014	257.247	490.547	608.477	858.917	1.186.232	1.354.952
Ministério da Ciência e Tecnologia	..	14.070	120.240	228.430	282.406	391.573	541.527	619.055
Comando da Marinha	28.554	40.944	137.007	262.117	326.071	467.345	644.705	735.897

Fonte: ANP (2006).

Portanto, ante a recente conquista da auto-suficiência, o aumento das descobertas, da exploração e da produção de petróleo no Brasil, conseqüentemente dos *royalties*, como se trata de um recurso natural exaurível, os Municípios devem concretizar os direitos sociais ante a notória crise do Estado social brasileiro. Nesse diapasão, é mister analisar casos brasileiros envolvendo a aplicação dos *royalties* do petróleo para que se possa aprender com os erros e acertos.

³¹⁶ ANP. Disponível em: www.anp.gov.br. Acesso em: 7 jan. 2006.

6.4 EXPERIÊNCIA NACIONAL DA APLICAÇÃO DOS *ROYALTIES*

Como já dito, no Brasil o ciclo comercial do petróleo é relativamente recente. Assim, praticamente inexistem casos consolidados no país a serem analisados, muito embora se viva em 2006 a sonhada auto-suficiência, com o aumento das descobertas, da produção e das rendas petrolíferas.

Apesar disso, Monteiro Lobato ainda na década de 1930 ao abordar a questão do petróleo em sua célebre obra “O escândalo do petróleo” já concluía que

Nada tem feito tanto mal ao nosso país como a tendência para resolver problemas só pelo lado teórico, com desprezo absoluto do lado prático. Na fatura de certas leis, o nosso legislador parte duns tantos pontos de vista abstratos, esquecendo-se de levar em conta o meio, a gente, as condições locais especialíssimas, o momento – isto é, as realidades iniludíveis. Daí o partejamento de monstruosidades dignas de museus teratológicos – leis inaplicáveis, leis que tudo entravam, leis paralizantes de todas as iniciativas, leis que desgraçam esta pobre terra, embaraçando-lhe, impedindo-lhe o desenvolvimento econômico.³¹⁷

De fato, a Lei do Petróleo também nada dispôs sobre a aplicação dos *royalties* recebidos pelos Estados e Municípios, apesar da vinculação dos direitos fundamentais e da necessidade de concretizá-los, sobretudo os sociais.

Impende frisar que o foco do presente estudo está nos Municípios, principalmente ante a possibilidade de que todos passem a perceber tal recurso caso o Projeto de Lei nº 1.618/2003 seja aprovado pelo Congresso Nacional.

Diante de tal cenário, também surgem muitas preocupações no Brasil em torno da indústria petrolífera diante da possibilidade de crescimento populacional desordenado, aparecimento de favelas e aumento da violência. Por outro lado, tendo em vista que a exploração e a produção do petróleo e do gás natural se mostra inevitável e já é uma realidade, deve-se aproveitar as suas rendas para gerar riqueza e desenvolvimento aos Municípios brasileiros e assim ao país, inclusive ao cidadão que deve ter assegurados os direitos sociais essenciais, tais como: saúde e educação.

³¹⁷ LOBATO, 1959, p. 114-115.

O IBGE³¹⁸ elaborou a tabela adiante contendo os 10 (dez) Municípios com maior PIB (produto interno bruto) *per capita*, total e participação relativa à população de 1999 a 2002 e verificou que deles 06 (seis) estão relacionados à indústria petrolífera: em São Francisco do Conde, no Estado da Bahia, está a Refinaria Landulpho Alves (Mataripe), segunda maior do Brasil; Quissamã, Carapebus, Rio das Ostras e Armação dos Búzios, no Estado do Rio de Janeiro, considerados Zona de Produção Principal de Petróleo, possuem baixa concentração populacional e receberam altas quantias em *royalties* do petróleo e do gás natural; em Paulínia, no Estado de São Paulo, está a Refinaria de Paulínia (REPLAN), a maior refinaria do país.

Tabela 4 - 10 Municípios com maior PIB *per capita* de 1999 a 2002

Municípios	Posição dos municípios em relação ao PIB <i>per capita</i>				População (1) em 2002	
	1999	2000	2001	2002	Total	Participação relativa (%)
São Francisco do Conde - BA	1°	1°	1°	1°	28 016	0,02
Triunfo - RS	2°	2°	2°	2°	23 383	0,01
Quissamã - RJ	7°	3°	3°	3°	14 594	0,01
Porto Real - RJ	37°	28°	4°	4°	13 343	0,01
Carapebus - RJ	14°	7°	5°	5°	9 512	0,01
Rio das Ostras - RJ	19°	9°	7°	6°	41 640	0,02
Garruchos - RS	1 123°	1 091°	22°	7°	3 821	0,00
Paulínia - SP	6°	4°	6°	8°	55 521	0,03
Luis Antônio - SP	12°	10°	8°	9°	7 539	0,00
Armação dos Búzios - RJ	24°	15°	11°	10°	20 405	0,01

(1) População estimada para 1° de julho, série revisada.

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Contas Nacional, (2005).

Por vezes, as rendas petrolíferas são usadas de modo inadequado, não se pensando no desenvolvimento ou na implementação dos direitos fundamentais

³¹⁸ IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Contas Nacional. Produto interno bruto dos municípios 1999-2002. Contas nacionais n. 14, p. 27-29. In: Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pibmunicipios/2002/pibmunic2002.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2006.

sociais, mas em interesses escusos. De fato, recentemente a mídia³¹⁹ tem divulgado suspeitas de aplicação indevida, a título de exemplo, no Espírito Santo o Ministério Público está investigando as prefeituras quanto à destinação dos *royalties*, inclusive abrindo inquérito civil e promovendo o Encontro Regional para a Ação do Ministério Público nos Municípios em que foram apresentadas as discrepâncias entre o volume de rendas municipais e os números referentes ao IDH.

Assim, torna-se relevante saber que a competência para fiscalizar a aplicação dos *royalties* do petróleo e gás natural percebidos pelos Estados e Municípios é do Tribunal de Contas dos Estados e não da ANP ou do Tribunal de Contas da União, conforme já se manifestou o Excelso STF:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE.

1 – Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF.

2 – Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, §1º).

3 – É inaplicável, ao caso, o dispositivo no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União – mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais.

4 – Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevaletentes.

5 – Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991.³²⁰

Tal acórdão também pacificou que os *royalties* são receitas originárias dos entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) e não recursos da União.

Nessa perspectiva, seguem algumas informações sobre a recente experiência de alguns Municípios brasileiros no tocante à aplicação das rendas petrolíferas.

³¹⁹ CARVALHO, Sandresa. MP faz devassa em aplicação de royalties de petróleo. **Jornal A Gazeta**, Vitória, 13 mai. 2005. p. 9.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.312 – DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 19.02.2003 e publicado no Diário em 19.12.2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>7 jan. 2006.

6.4.1 Município de Campos dos Goytacazes

Cumpra registrar que a área da Bacia de Campos é responsável por mais de 60% da produção nacional de petróleo e gás natural. Assim, os Municípios da região do Norte Fluminense têm nos *royalties* uma das principais fontes de recursos. Em 1974, foi descoberto amplo lençol de petróleo no campo de Garoupa, na plataforma continental da Bacia de Campos, o que contribuiu significativamente para o pagamento de *royalties*, os quais representam quase 20% da receita do Município de Campos dos Goytacazes, que possui os seguintes problemas: críticos (deficiência de sistemas de esgotamento sanitário, poluição das águas e do ar, poluição por vinhoto e lavagem de cana, mineração, etc.); semicríticos (favelização e sub-habitação, etc.).³²¹

6.4.2 Município de Macaé

Na década de 1970, a Petrobras escolheu o Município de Macaé para sediar suas atividades de prospecção e exploração na Bacia de Campos, chamado de capital brasileira do petróleo, parece um imenso canteiro de obras, em 2004, foram 63.600 empregos formais representando um crescimento de 24% em relação a 2001, ao passo que as vagas no Estado do Rio de Janeiro cresceram apenas 9,2%. Em 2005, os *royalties offshore* (no mar) foram de R\$ 604.000.000 e para 2006 a previsão é de R\$ 715.000.000. Sua economia cresceu 600% na última década e o PIB *per capita* anual de R\$ 95.625 é o sexto do Estado do Rio de Janeiro. De 75.000 habitantes em 1980 a cidade saltou para mais de 150.000 em 2005, resultado possui atualmente 14 grandes favelas. Ocupa a 815ª posição nacional do Índice de Desenvolvimento Municipal e a 17ª do Estado. Já no *ranking* da violência segundo dados do Ministério da Saúde, com base na mortalidade de 2004 se encontra na 16ª posição.³²² De fato, 53% do orçamento municipal decorre dos *royalties* do petróleo, porém é preciso criar

³²¹ SYDENSTRICKER, Iara (Coord.). **Guia sócio-econômico dos municípios do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Gráfica JB, 1993, v.2, p. 249, 252, 253.

³²² ERTHAL, João Marcello. **O milagre de Macaé**. Disponível em: <www.marica.com.br/2006/0302macae.htm>. Acesso em: 9 fev. 2006.

4.000 vagas nas escolas todo ano para os novos alunos e 3.000 imóveis para acabar com as invasões.³²³

6.4.3 Município de Quissamã

Localizado no Rio de Janeiro, graças aos *royalties* do petróleo há várias políticas públicas em vigor que realizam efetivamente os direitos fundamentais sociais.

A Lei Municipal nº 93/1991, implantou o programa municipal de habitação popular que assegurou moradia para 778 famílias até 2004 com renda de 0 a 3 salários-mínimos, cujos critérios de atendimento são bem objetivos, a saber: residir no Município há no mínimo 10 anos, não possuir moradia própria ou residir em casa de precárias condições de habitabilidade, apresentar declaração de frequência escolar dos filhos e cartão de vacina, participação em reuniões, palestras e cursos profissionalizantes. Em 1999, foi criado o programa de reforma e ampliação habitacional que já distribuiu 621 kits de material de construção no valor de R\$ 1.600,00 e o programa de erradicação do trabalho juvenil pela Lei Municipal nº 515/1999 que atende a 339 adolescentes de 25 a 18 anos e garante capacitação profissional, bolsa mensal de meio salário-mínimo, frequência escolar de 80%, ações de geração de trabalho e renda para as famílias, além de apoio psicossocial, esporte e lazer.³²⁴

Ademais, há muitos projetos e programas municipais na área da educação, inclusive um que garante bolsa de estudos consubstanciada no pagamento de 100% do ensino superior e outro que disponibiliza computadores com serviço de internet de modo gratuito ao cidadão.

Portanto, o legislador municipal consciente de sua vinculação aos direitos fundamentais sociais ao aplicar as rendas decorrentes dos *royalties* do petróleo elabora leis para implementá-los.

³²³ ZANDONADI, Denise. Dinheiro de royalties do estado vai para obras nos municípios: prefeito de Macaé alerta sobre preparação. **Jornal A Gazeta**, Vitória, 29 mar. 2005. Economia, p. 13.

³²⁴ PREFEITURA de Quissamã. In: Disponível em: <<http://www.quissama.rj.gov.br>>. Acesso em: 9 fev. 2006.

6.5 O DIREITO COMO SISTEMA ABERTO E A VINCULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS AOS DIREITOS SOCIAIS NA APLICAÇÃO DOS *ROYALTIES*

A Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) revogou a Lei nº 2.004/53 que determinava no seu art. 27, §3º (alterado pela Lei nº 7.525/1986) que os *royalties* deveriam ser aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios tão somente nas seguintes esferas taxativas: energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.

Logo, atualmente não há mais previsão legal quanto à aplicação dos *royalties* recebidos pelas prefeituras brasileiras. Por outro lado, há a possibilidade de mudança da legislação com o Projeto de Lei nº 1.618 de 2003 do Deputado Mauro Passos em trâmite no Congresso Nacional prevendo nova distribuição dos *royalties* em que todos os Municípios brasileiros (produtores e não produtores) receberiam.

Como já visto, a Carta Política de 1988 não estipulou expressamente a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais, limitando-se a estipular o princípio da aplicação imediata no §1º do artigo 5º, diferentemente dos textos constitucionais da Alemanha, da Espanha e de Portugal que consagraram tal vinculação.

Todavia, ao se analisar sobre a vinculação dos Municípios aos direitos fundamentais sociais quanto à aplicação dos *royalties* do petróleo e do gás natural, deve-se ir além do positivismo formalista e analisar o Direito como um sistema aberto.

Ludwig Von Bertalanfly foi quem começou a elaborar uma teoria dos sistemas abertos, entendendo-os como aqueles que continuamente incorporam ou eliminam dados ou elementos, modificando assim também sua estrutura e não somente sua composição.³²⁵

³²⁵ RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría general del derecho**: en la modernidad y en la posmodernidad. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995, p. 215.

Boaventura de Sousa Santos³²⁶ adverte que o Direito pertence às Ciências Sociais e que estas sempre tiveram como seu objeto real sistemas abertos, ao passo que os objetos das Ciências Naturais geralmente são sistemas fechados.

Eduardo Angel Russo preleciona com ímpar lucidez sobre a diferença entre sistemas fechados e abertos: “o sistema é fechado ou completo, quando a totalidade de elementos se encontram nele, não podendo entrar novos nem sair nenhum deles. Um sistema é aberto quando permite a entrada ou saída de elementos à sua volta.” (tradução nossa).³²⁷

Para Hans Kelsen, maior defensor do positivismo formalista, o Direito é um sistema fechado: “o Direito é uma ordem de conduta humana. Uma ‘ordem’ é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade de que entendemos por sistema.”³²⁸

Já Herbert L. Hart destaca que

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.³²⁹

Contra o modelo fechado e lógico-formalista, entendendo que o sistema jurídico deve ser aberto, por se tratar de um fenômeno social condicionado historicamente, são precisas as palavras de Eros Roberto Grau:

Sustento, pois, que o sistema jurídico deve ser concebido como um sistema aberto, uma ordem axiológica de princípios gerais de direito, entendidos esses princípios não como resultantes de abstrações, senão como construções sociais que se manifestam diversamente, em cada direito concretamente tomado. Princípios forjados historicamente, na

³²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 92-93.

³²⁷ “El sistema es cerrado o completo, cuando la totalidad de elementos se encuentran en él, no pudiendo entrar nuevos ni salir ninguno. Un sistema es abierto cuando permite la entrada o salida de elementos desde su entorno.” RUSO, 1995, p. 228.

³²⁸ KELSEN, 1998, p. 5.

³²⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 148.

medida em que cada sociedade constrói, cada sociedade inventa a sua própria cultura.³³⁰

Com brilhantismo singular, Joseph Raz vislumbra o Direito como sistema aberto: “Um sistema normativo é um sistema aberto na medida em que contém normas cujo propósito é dar força vinculante dentro do sistema a normas que não pertencem a ele. Quanto mais normas ‘alheias’ sejam adotadas pelo sistema mais aberto é este.” (tradução nossa)³³¹

Os críticos do positivismo jurídico se manifestam contrários justamente ao entendimento de Direito como sistema fechado, lógico, auto-suficiente e formal composto por normas jurídicas. Dentre eles, vale citar as lições de Dworkin³³² de que “O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, (...) O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo.”

Nessa perspectiva, o fato de inexistir norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro determinando a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais sociais quanto à aplicação dos *royalties* do petróleo não impede que os Municípios (por intermédio de seu Poder Executivo e Legislativo, bem como sendo atingidos pelo ativismo do Judiciário) realizem tais direitos, levando-se em conta a crise do Estado social e o Direito como um sistema aberto.

“Enquanto sistema aberto, o sistema é sempre inacabado e inacabável”,³³³ portanto sendo o Direito um sistema aberto existem lacunas e antinomias, sendo este também o entendimento manifestado pelo jurista Juarez Freitas³³⁴ no sentido de que “... o sistema jurídico resta percebido, felizmente como inacabado e inacabado e

³³⁰ GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. **O que é a filosofia do direito?** São Paulo: Manole, 2004, p. 40.

³³¹ “Un sistema normativo es un sistema abierto en la medida en que contiene normas cuyo propósito es dar fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen a él. Cuantas más normas ‘ajenas’ sean adoptadas por el sistema más abierto es este.” RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. Tradução de Juan Ruiz Manero. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 177.

³³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

³³³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 696.

³³⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47.

inacabável, donde se infere que todo intérprete precisa assumir a condição de permanente vivificador do sistema e de superador das suas antinomias ...”.

Habermas³³⁵ destaca que o sistema jurídico não é fechado, pois a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios, devendo ser introduzidos no código jurídico conteúdos do código moral e do código do poder.

Portanto, o sistema jurídico não é fechado e completo, ao contrário o Direito é um sistema aberto e incompleto, vez que se trata de um fenômeno social em constante mudança e que faz parte da Ciência Social, cuja incompletude é própria do conhecimento científico e a abertura se revela no forçoso relacionamento com outros sistemas normativos.

Tal entendimento se coaduna inclusive com a posição de José Joaquim Gomes Canotilho³³⁶ de que a problemática dos direitos fundamentais não mais se sintetiza na fórmula “a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais” na medida em que atualmente exige um complemento: a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais.

Com a publicidade das estatísticas nacionais do IBGE, constata-se que é imperativo se dar conta da real condição da população brasileira quanto à produção de alimentos, tratamento de saúde, habitação, escolarização, saneamento e outros serviços que os políticos esquecem durante o exercício do mandato e só se lembram nas campanhas. De fato, o problema central para o fim da pobreza permanece sendo a falta quase que exclusiva de vontade política e da participação ativa da sociedade. O que também requer intervenção sistemática do Estado, participação efetiva da sociedade civil e um compromisso político-ideológico de querer combater a miséria que não é um fenômeno natural e inevitável, criando condições que

³³⁵ HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 229.

³³⁶ CANOTILHO, 2001, p. 363-364.

propiciem ao pobre se autopromover, tornando-se sujeito de sua própria biografia, por meio de medidas a curto, médio e longo prazo.³³⁷

Ora, a crise do Estado social é evidente no Brasil em que tantos brasileiros vivem na miséria, nesse contexto os *royalties* do petróleo podem e devem ser aplicados na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos e políticas sociais.

Para José Eduardo Faria, diferentemente da maioria dos direitos individuais clássicos, cuja tutela exige tão somente que o Estado não permita sua violação:

... os direitos sociais não podem simplesmente ser 'atribuídos' aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que tem por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.³³⁸

Com efeito, não basta a positivação constitucional dos direitos sociais, até porque muitas vezes se dá por meio de normas programáticas, sendo imprescindível políticas públicas para concretizá-los. E para tanto torná-se necessário recurso, nesse momento deve-se aplicar as rendas petrolíferas, sobremaneira os *royalties*.

Os direitos sociais dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado, isto é, de uma política pública que do ponto de vista jurídico significa um complexo de decisões e normas de natureza variada, envolvendo elaboração de leis programáticas no tocante ao orçamento de despesas e receitas públicas. As políticas públicas agrupam-se em: políticas sociais de prestação de serviços essenciais e públicos (saúde, educação, segurança e justiça, etc.); políticas sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego, etc.); políticas de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento

³³⁷ ANJOS, Ery. Euzébio dos. **Ordem, compreensão, transformação social e a violência hoje**. Vitória: CEG/EDUFES, 1999, p. 150-151.

³³⁸ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105.

industrial, tecnológico, agrícola, etc.); reformas de base (reforma urbana, agrária, etc.); políticas de estabilização monetária e outras mais específicas ou genéricas.³³⁹

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho,³⁴⁰ os direitos a prestação (dentre eles os sociais) suscitam a discussão do tipo de Estado (capitalista, socialista) que melhor os possa garantir, pressupondo uma tarefa de conformação social ativa pelos poderes públicos, sobretudo do legislador, reclamando nova distribuição de bens e rendimentos, bem como até uma transformação social das estruturas econômicas. Assim, quando se verifica que grande número de imposições constitucionais se relaciona com a efetivação dos direitos sociais, sendo o problema da atualização constitucional hoje, em grande medida, um problema da concretização dos direitos a prestações.

Ora, os direitos fundamentais sociais, sobremaneira os prestacionais atinentes à educação e à saúde são imprescindíveis para o exercício da cidadania plena, devendo ser adotadas políticas públicas pelos Municípios para implementá-los, afastando-se a teoria da reserva do possível, ainda mais agora com o aumento do recebimento de *royalties* do petróleo e ante a real possibilidade de todos perceberem caso venha a ser sancionado o Projeto de Lei nº 1.618 de 2003 de autoria do Deputado Mauro Passos em trâmite no Congresso Nacional prevendo nova distribuição dos *royalties* em que todas as prefeituras brasileiras receberiam (produtoras e não produtoras).

Apesar da atual lacuna legal sobre a aplicação dos *royalties* do petróleo e gás natural percebidos pelos Municípios brasileiros, tais recursos devem ser usados no

... desenvolvimento econômico e social local, apoiando escolas mediante realização de ação de investimentos sócio-culturais e esportivos nas comunidades, bem como na implementação de obras de infra-estrutura, reforma, conservação e construção de escolas, hospitais; ...³⁴¹

³³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: _____ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 130-133.

³⁴⁰ CANOTILHO, 2001, p. 364-365.

³⁴¹ SANTOS, *Royalties do petróleo: legislação atual apresenta deficiências quanto à aplicação*. **Boletim do Mestrado em planejamento regional e gestão de cidades da Universidade Candido Mendes**, Campos dos Goytacazes, ano II, n. 6, dez. 2004, p. 10.

Recentemente o Excelso STF se manifestou a respeito da vinculação dos Municípios à concretização dos direitos fundamentais sociais, ao julgar o Agravo Regimental interposto pelo Município de Santo André sendo agravado o atuante Ministério Público do Estado de São Paulo:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhes impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.³⁴²

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da União de 03.02.2006, p. 76. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 mar. 2006. .

Concluiu-se, na mesma linha de raciocínio que Carlos Roberto Siqueira Castro³⁴³ no sentido de que os direitos fundamentais somente poderão tornar-se efetivos quando forem vencidos, no âmbito do Estado e da sociedade civil, os preconceitos e todas as manobras que dificultam a eficácia social da Constituição Federal brasileira. O que implica imperativamente em se conceber o Direito como sistema aberto e incompleto, não mais como um sistema fechado e completo, assim o simples fato de inexistir norma expressa no ordenamento jurídico prevendo a destinação dos *royalties* recebidos pelas prefeituras ou a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais não é motivo para sua não concretização, especialmente dos sociais prestacionais. Afinal, o princípio da aplicabilidade imediata foi consagrado no texto constitucional no §1º, art. 5º, demandando dos Municípios, especialmente do seu Legislativo, uma participação mais concreta em busca da justiça social no sentido de criar normas e aplicar os *royalties* do petróleo e gás natural em políticas públicas a fim de realizar os direitos fundamentais sociais num país que vive a crise do Estado social.

³⁴³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 778.

7 CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o pacto federativo brasileiro nasceu na Constituição Republicana de 1891 por segregação do Estado unitário instituído pela Carta Imperial de 1824. Superados os debates jurídicos do passado, resta pacífico hodiernamente na doutrina e na jurisprudência pátrias graças ao artigo 1º do texto constitucional de 1988 que os Municípios integram efetivamente a Federação, em paridade com os demais entes federativos, sendo-lhes assegurada autonomia, competência e renda.

O Município é de suma importância para a democracia brasileira, até porque é onde os cidadãos efetivamente residem. Sua concepção varia em cada país de acordo com o ordenamento jurídico, tendo surgido como unidade político-administrativa na República Romana.

No Brasil, ainda não é fácil interpretar a terminologia “interesse local” prevista no art. 30 da Carta Política vigente e nas anteriores como “peculiar interesse”, no entanto se relaciona aos direitos fundamentais, sobretudo os sociais concernentes à educação e à saúde, que devem ser implementados prioritariamente pelo Município, a teor dos incisos VI e VII do art. 30 e §2º do art. 211.

Direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais são algumas das expressões empregadas pela doutrina para designar os direitos básicos e indivisíveis conquistados em face do Estado, por vezes considerados equivocadamente como sinônimas. Entretanto, conforme se verificou no presente estudo, os direitos humanos são universais e se situam no âmbito internacional, ao passo que a terceira nomenclatura é preferida quando ditos direitos estão consagrados no texto constitucional.

Os direitos fundamentais possuem quatro dimensões: a primeira referente aos direitos civis e políticos; a segunda relativa aos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira concernente aos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade; os contestáveis direitos de quarta dimensão consistem no

direito à democracia, à informação, ao pluralismo e ao biodireito. Prefere-se o termo dimensão ao invés de geração na medida em que este pode levar ao equívoco de se entender que há exclusão ou substituição de direitos, quando na realidade existe soma deles.

A expressão direitos sociais consiste na abreviatura para direitos sociais, culturais e econômicos, isto é, dos direitos de segunda dimensão. Surgiram em virtude do declínio do Estado liberal e são frutos do Estado social do século XX, consagrados pioneiramente nos textos constitucionais do México de 1917 e de Weimar de 1919.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou expressamente os direitos fundamentais sociais, negativos e positivos, inclusive lhes dedicando o Capítulo II do Título II. Estes últimos que dependem de prestações positivas do Estado não são concretizados efetivamente, dentre eles, especialmente os direitos à saúde e à educação, pressupostos necessários para uma cidadania plena. O que se comprova, por exemplo, pelas freqüentes mortes ocorridas nos corredores dos hospitais brasileiros e pelas filas que duram dias por uma matrícula escolar porque não há vagas para todos.

Para evitar que isto ocorra, os textos constitucionais da Alemanha, de Portugal e da Espanha expressamente vinculam os Poderes públicos aos direitos fundamentais. Apesar da Carta Magna brasileira não possuir disposição idêntica, todas as funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e todas as esferas federal, estadual e municipal também estão vinculadas aos direitos fundamentais, inclusive os sociais, sendo este o sentido do princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais consagrado no §1º do art. 5º do texto constitucional, em virtude até da própria vinculação à Constituição e considerando as garantias constitucionais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De modo especial, o legislador brasileiro, sobremaneira o municipal, está vinculado aos direitos fundamentais sociais, negativamente a teor do art. 60, §4º, inciso IV, bem como positivamente devendo elaborar leis para implementá-los e assim concretizar a própria Constituição.

Além disso, torna-se necessário o ativismo por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário que se encontra igualmente vinculado aos direitos fundamentais sociais e à Constituição, devendo controlar as demais funções estatais e afastar as teorias jurídicas que impedem a implementação de tais direitos.

Também o Executivo vincula-se aos direitos fundamentais sociais, o que se estende a todos os seus órgãos, englobando os integrantes da Administração direta e indireta, bem como às pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades públicas.

A vigente crise pela qual passa o Estado social brasileiro aponta para um novo paradigma em que a concretização dos direitos fundamentais sociais torna imprescindível considerar a vinculação das entidades públicas e afastar teorias que, quando mal interpretadas, podem impedir políticas públicas: das normas constitucionais programáticas como meras normas que não possuem aplicabilidade; da reserva do possível segundo a qual a realização estatal de tais direitos está limitada à disponibilidade de recursos e a da separação dos poderes quando se torna óbice ao equilíbrio ou ao controle mútuo.

Apesar do petróleo já ser conhecido no mundo desde a Antiguidade, sua descoberta oficial no país ocorreu em 1939 e a auto-suficiência se deu em 2006, atualmente a realização dos direitos sociais pode efetivamente ocorrer graças ao aumento crescente do direito a *royalties*, previsto no parágrafo 1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988, decorrente da exploração e da produção do petróleo ou do gás natural a ser pago pelas empresas concessionárias destinado aos Estados, ao Distrito Federal, a órgãos da União e aos Municípios.

O art. 7º da Lei nº 7.525/1986, que alterou o §3º do art. 27 da Lei nº 2.004/1953, preceituava que os *royalties* do petróleo e do gás natural deveriam ser aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios tão somente nas seguintes esferas taxativas: energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico. Contudo, a Lei nº 9.478/1997 (conhecida como a “Lei do Petróleo”) revogou a Lei nº 2.004/1953 e assim

atualmente não há mais previsão legal quanto à aplicação dos *royalties* recebidos pelas prefeituras brasileiras.

Preocupa o fato de tais rendas de natureza finita percebidas pelos Municípios brasileiros não terem uma destinação prevista na legislação pátria, ainda mais considerando que o Projeto de Lei nº 1.618/2003 em trâmite no Congresso Nacional propõe que todos os entes municipais (produtores e não) recebam *royalties*.

Também há uma apreensão no país com a indústria petrolífera no tocante ao possível aumento da população, das favelas e da violência. Contudo, a exploração do petróleo já é uma realidade no Brasil e sendo uma fonte de energia exaurível, o Estado, de modo especial, os Municípios, devem aprender com experiências estrangeiras e nacionais positivas (por exemplo, da Noruega e de Quissamã) e negativas (como é caso da Holanda e da Venezuela), procurando usar os *royalties* para desenvolver políticas públicas que implementem os direitos fundamentais sociais, sobremaneira os insculpidos no art. 6º da Constituição Federal e no Capítulo II do Título II.

O Excelso STF ao decidir o MS 24.312 - DF pacificou que o Tribunal de Contas estadual é o competente para fiscalizar a aplicação dos *royalties* do petróleo e do gás natural, assim são incompetentes para tanto a ANP e o Tribunal de Contas da União. Ademais, recentemente em 2006 ao apreciar o RE-AgR 410715 - SP manifestou-se no sentido de que os Municípios estão juridicamente vinculados ao direito constitucional à educação, o que limita sua discricionariedade político-administrativa.

De fato, os Municípios estão vinculados aos direitos fundamentais, principalmente aos sociais atinentes à saúde e à educação, sobremaneira ao aplicarem os *royalties* do petróleo e do gás natural. Nesse diapasão, revela-se apenas aparente a inexistência de previsão legal que dê destinação a tais rendas, logo o Legislativo municipal está obrigado a criar normas (como fez o Município de Quissamã no Estado do Rio de Janeiro) de modo a concretizar tais direitos essenciais à cidadania plena, não deixando à discricionariedade do Poder Executivo.

Por derradeiro, o país demorou quase sete décadas para atingir a sonhada auto-suficiência em petróleo desde a descoberta do primeiro poço em Lobato, assim resta a esperança de que os Municípios brasileiros e todas as entidades públicas não levem tanto tempo para se conscientizar de sua vinculação aos direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição cidadã ao aplicarem os crescentes, porém finitos recursos advindos dos *royalties* em políticas públicas para realizá-los, afinal é apenas aparente a inexistência de norma nesse sentido, devendo-se ir além do positivismo formalista e se levar em conta que o Direito é um sistema aberto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-120.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ANJOS, Eryl. Euzébio dos. **Ordem, compreensão, transformação social e a violência hoje**. Vitória: CEG/EDUFES, 1999. p. 189.

ANP. Disponível em: www.anp.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 351p.

BARBOSA, Décio Hamilton (Coord.). **Guia dos royalties do petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001. 156 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL em síntese. **IBGE**. Disponível em: www.ibge.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 21-36.

BRASIL. **Constituições do Brasil:** de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, v. 1. 593p.

BRASIL. Decreto 2.455, de 14 de janeiro de 1998. In: BRASIL. **Legislação do petróleo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 2004, p. 83-100.

BRASIL. Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000. In: BRASIL. **Legislação do petróleo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 2004, p. 152-160.

BRASIL. **Legislação do petróleo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Petrobras, 2004. 160 p.

BRASIL. Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953. In: Disponível em: <www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Lei 3.257, de 2 de setembro de 1957. In: Disponível em: <www6senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Lei 7.453, de 27 de dezembro de 1985. In: Disponível em: <www6senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Lei 7.525, de 27 de julho de 1986. In: SANTOS, Sérgio Honorato dos. **Royalties do petróleo à luz do direito positivo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, p. 164-167.

BRASIL. Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. In: BARBOSA, Alfredo Ruy; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna (Org.). **Coletânea de petróleo e gás.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 13-46.

BRASIL. Lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: <www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei 226, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=74215>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei 1.618, de 18 de fevereiro de 2005. In: Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2003&Numero=1618&sigla=PL>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei 23, de 18 de fevereiro de 2005. In: Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/images/documento_spl/2532.html>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 271286/RS, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário de 24.11.2000, p. 101. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da União de 03.02.2006, p. 76. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.312 – DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 19.02.2003 e publicado no Diário em 19.12.2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

_____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Sandresa. MP faz devassa em aplicação de *royalties* de petróleo. **Jornal A Gazeta**, Vitória, 13 mai. 2005. p. 9.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina. t. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e a república brasileira**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

COMISSÃO de minas e energia. In: Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=126743>. Acesso em: 7 jan. 2006.

CONSOLIDAÇÃO das participações governamentais – 2004. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1999. 80p.

_____. **Elementos de teoria geral do estado.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEPARTAMENTO Nacional da Produção Mineral. Disponível em: <www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=45&IDPagina=35> Acesso em: 7 jan. 2006.

DUTRA, Luis Eduardo Duque. **Petróleo, preços e tributos:** experiência internacional e política energética nacional. Rio de Janeiro: Tama, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ERTHAL, João Marcello. **O milagre de Macaé.** Disponível em: <www.marica.com.br/2006/0302macae.htm>. Acesso em: 9 fev. 2006.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais:** a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

FARIA, José Eduardo. **O judiciário e os direitos humanos e sociais:** notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (Org.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94-112.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Governabilidade e revisão constitucional: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira especialmente em vista da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 193, p. 1-11, jul./set. 1993.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Polícias públicas:** a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000. 158 p.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Direitos metaindividuais.** São Paulo: LTr, 2004, p. 53-74.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. **O que é a filosofia do direito?** São Paulo: Manole, 2004.

HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001. 88p.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual, legitimação do ministério público. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo LTr, 1997. 132 p.

LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo**. 9. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1959.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68-93.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: José Eduardo Faria (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113-143.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. 233p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. I.

_____. **Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARINHO JUNIOR, Ilmar PENNA. **Petróleo: soberania & desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Bloch editores, 1970.

MATTOS, Dirceu Lino de. O petróleo no Brasil. In: DALEMONT, Étienne. **O petróleo**. Tradução de Wanda da Motta Silveira. 2. ed. São Paulo: Difusão européia do livro, 1961.

MELLO, Diogo Lordello de. **A moderna administração municipal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1960.

MELO FILHO, Urbano Vitalino de. Perspectiva dos municípios na federação brasileira. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JUNIOR, Odilon (Coord.). **Novos rumos da autonomia municipal**. São Paulo: Max Limonad, p. 271-284.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478, de 6-8-1997**. São Paulo: Atlas, 2000. 290 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. t. IV.

NOGUEIRA, Ataliba. Teoria do município. **Revista de direito público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 6, out./dez., 1968, p. 7-21.

NUNES, José de Castro. **Do estado federado e sua organização municipal**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982. 266p.

PETRÓLEO. In: ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1983, v. 16. p. 8851-8858.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 77-92.

POLÍTICA nacional do idoso, declaração universal dos direitos humanos, programa nacional de direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 1998. 81p.

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República portuguesa. In: DIREITOS humanos: declarações de direitos e garantias. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 251-275.

RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. Tradução de Juan Ruiz Manero. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

REVISTA PETROBRAS. Rio de Janeiro, ano 12, n. 112, abr. 2006.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 522 p.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría general del derecho**: en la modernidad y en la posmodernidad. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

SANTOS, Edmilson Moutinho dos. Resource curse thesis e a regulação das participações governamentais do petróleo e gás no Brasil. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte: Fórum, v. 4, out/dez 2003.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. **Royalties do petróleo à luz do direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. 350 p.

_____. O novo cenário dos *royalties* do petróleo. Disponível em: <www.apoiomunicipal.com.br/espaco_municipal_royalties.htm>. Acesso em: 27 mar. 2005.

_____. *Royalties* do petróleo: legislação atual apresenta deficiências quanto à aplicação. **Boletim do Mestrado em planejamento regional e gestão de cidades da Universidade Candido Mendes**, Campos dos Goytacazes, ano II, n. 6, dez. 2004, p. 9-10.

SARCINELLI, José Antonio. **A Tribuna**. Vitória, 13 mar. 2005. p. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001, p. 153-168.

SEBRAE. **Guia do gestor de município petrolífero**. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/br/guia_gestor/apresentacao.asp>. Acesso em: 7 jan. 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

SOARES, Antônio Carlos Otoni. **A instituição municipal no Brasil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1986.

SYDENSTRICKER, Iara (Coord.). **Guia sócio-econômico dos municípios do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Gráfica JB, 1993, v.2.

TABELAS. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999. 148p.

ZANDONADI, Denise. Dinheiro de *royalties* do estado vai para obras nos municípios: prefeito de Macaé alerta sobre preparação. **Jornal A Gazeta**, Vitória, 29 mar. 2005. Economia, p. 13.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXO A - Projeto de Lei nº 1.618/2003 (original)

PROJETO DE LEI Nº , DE 2003

(Do Sr. Mauro Passos)

Regulamenta a distribuição dos recursos financeiros provenientes da compensação financeira pela exploração de petróleo ou gás natural na plataforma continental.

O Congresso Nacional, nos termos dos arts. 48 e 61, da Constituição, decreta:

Art. 1º Esta Lei regulamenta a distribuição dos recursos financeiros provenientes da compensação financeira pela exploração de petróleo ou gás natural em depósitos localizados na plataforma continental brasileira.

Art. 2º A compensação financeira devida pela lavra de petróleo ou gás natural realizada em depósitos localizados na plataforma continental brasileira terá a seguinte distribuição:

I – vinte por cento para a constituição de um fundo a ser repartido entre os Ministérios de Minas e Energia, da Ciência e Tecnologia, da Defesa e do Meio Ambiente;

II – quarenta por cento para a constituição de um fundo a ser repartido entre Estados e Municípios considerados afetados pelas atividades de escoamento da produção de petróleo ou gás natural proveniente de depósitos localizados na plataforma continental;

III – quarenta por cento para a constituição de um fundo a ser repartido entre os demais Estados e Municípios não enquadrados no inciso anterior.

Art. 3º A alíquota prevista no inciso II do artigo anterior será reduzida, anualmente, de cinco pontos percentuais, até que a diferença entre o montante de recursos

financeiros destinados a cada um dos Estados e Municípios enquadrados no referido inciso não seja superior, em valor, a dez por cento do percebido individualmente, pelos demais Estados e Municípios.

Parágrafo único. O Distrito Federal, para fins desta lei, será equiparado, simultaneamente, a Estado e Município.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei no prazo de noventa dias a partir da data de sua publicação.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor no exercício seguinte ao de sua sanção.

JUSTIFICAÇÃO

Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, nos termos constitucionais, pertencem à União.

No afã de dotar Estados e Municípios dos recursos financeiros necessários, o legislador ordinário não observou que a noção de territorialidade estadual ou municipal não se estende além dos limites da linha de preamar.

A legislação resultante dessa inobservância cristalizou no País a existência de brasileiros de primeira e segunda categorias, isto é, de brasileiros que fruem das receitas provenientes do aproveitamento de recursos naturais pertencentes à União e realizado em espaço da União e aqueles que não têm acesso à riqueza nacional

Diferentemente, quando o aproveitamento ocorre em terra, não há possibilidade de qualquer outra interpretação, uma vez que a Constituição menciona claramente, como condição, a respectiva territorialidade.

A conclusão mais imediata é a de que, sendo os recursos naturais da plataforma continental considerados em nossa Carta Magna como bens da União, é questão de justiça distribuir-se equitativamente o resultado econômico proveniente de seu aproveitamento entre todos os Estados e Municípios do País, de tal forma que todos os brasileiros, por definição, iguais perante a Lei, possam aproveitar a riqueza

nacional, sem que haja qualquer privilégio.

É inescandível, entretanto, que a atividade de escoamento, de petróleo e gás natural e a demanda dos serviços daí decorrente provoquem alguns impactos sobre a infraestrutura estadual e municipal, principalmente no que diz respeito à saúde, à educação, ao transporte e à segurança; porém, tal impacto não será de tal monta a justificar a apropriação, por esses mesmos Estados e Municípios, da totalidade dos recursos financeiros provenientes do aproveitamento de riquezas que não pertencem somente a eles, senão a toda a população brasileira.

A distribuição progressiva da receita proveniente da compensação financeira pelo aproveitamento de petróleo e gás natural em depósitos situados na plataforma continental e a previsão da entrada em vigor da lei ensejam a adaptação dos orçamentos municipais e estaduais à nova e mais, justa distribuição desses valores.

É com o propósito de fazer respeitar o princípio de nossa Carta Magna, da igualdade entre os cidadãos brasileiros em relação ao aproveitamento de recursos naturais pertencentes à União, que oferecemos a presente proposição, esperando obter dos ilustres Parlamentares o mais decisivo apoio, com o fito de sua mais pronta transformação em diploma legal.

Sala das Sessões, em de de 2003.

Deputado MAURO PASSOS

ANEXO B – Projeto de Lei nº 23/2005 (original)

PROJETO DE LEI Nº 023/2005

Dispõe sobre a aplicação de recursos advindos dos *royalties* do petróleo, e dá outras providências.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decreta:

Art. 1º Os municípios do Estado do Espírito Santo beneficiários dos recursos originários do pagamento de *royalties* do petróleo, deverão destinar os recursos em investimentos de infra-estrutura, saneamento básico, desenvolvimento econômico, revitalização da estrutura pesqueira, saúde e educação.

Art. 2º Fica proibida a utilização de recursos dos *royalties* do petróleo em gastos de custeio.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente lei, que entrará em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DOMINGOS MARTINS, em 18 de fevereiro de 2005.

JURANDY LOUREIRO

Deputado Estadual

JUSTIFICATIVA

A idéia diretriz da presente proposição é garantir que as prefeituras destinem os recursos dos *royalties* do petróleo exclusivamente em investimentos de infra-

estrutura, saneamento básico, desenvolvimento econômico, saúde e educação, coibindo a aplicação do recurso em obras que não gerem retorno, renda e emprego.

Os *royalties* do petróleo são compensações financeiras pagas pelas empresas que exploram a sua produção, e buscam garantir que as prefeituras direcionem esses recursos no desenvolvimento local e nos gastos de suas demandas sociais, tudo para assegurar a sustentabilidade econômica dos municípios quando as reservas de petróleo acabarem.

Face às considerações acima elencadas, solicito aos meus insignes pares o apoio necessário, votando favoravelmente na presente propositura.

ÍNDICE

ANP 92-93, 98-99, 104-105, 108
Alaska 17, 82, 84
Aplicabilidade 17, 48, 50, 55, 58, 66, 118, 121
Bônus de assinatura 92, 99, 100, 103
Campos dos Goytacazes 18, 109
Chade 17, 83, 84
Confederação 20
Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) 92, 98, 101
Conselho Nacional do Petróleo (CNP) 87, 89, 95
Constituição de 1824 22, 30, 37, 72, 85, 119
Constituição de 1891 22, 30, 37, 72-73, 85, 119
Constituição de 1934 22, 30, 31, 87, 90
Constituição de 1937 23, 31, 37, 87, 88
Constituição de 1946 23, 31, 37, 88, 89
Constituição de 1967 23, 32, 37, 89, 90
Constituição (Emenda) de 1969 23, 26, 32, 37, 90
Constituição de 1988 24-26
Crise do Estado social 62-65
Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) 86
Dimensões 39-41
Direitos fundamentais 35-47
Direitos humanos 35-38
Direitos sociais 42-44
Direitos sociais prestacionais 45-47
Eficácia horizontal 17, 39
Eficácia privada 17, 51
Estado autonômico 19-20
Estado liberal 39, 62-65, 120
Estado regional 19
Estado socialista 63, 65, 116
Estado unitário 19-22, 119
Federação 19-26
Gerações 39-41
Grã-bretanha 17, 84
Holanda 17, 81, 122
Hotteling 80
Interesse local 30-34
Macaé 18, 109
Mandado de injunção 53, 56, 120
Ministério Público 58, 70, 108, 117, 121
Município 27-34
Normas programáticas 66-68
Noruega 17, 82, 84, 122
Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) 79, 81
Pacto federativo 19-21
Participação especial 99-100
Participações governamentais 92-93, 99-100, 103

Petrobras 91, 95, 103, 109
Poder Executivo 59-61
Poder Judiciário 57-58
Poder Legislativo 54-56
Poder Moderador 72
Princípio da aplicação imediata 48-53
Projeto de Lei nº 1.618/2003 28, 34, 56, 93, 101, 102, 106, 111, 116, 122, 132-134
Projeto de Lei nº 23/2005 15, 56, 102, 135-136
Quissamã 18, 107, 110, 122
Reserva do possível 69-70
Royalties 94-110
Separação dos poderes 71-75
Serviço Geológico e Minerológico do Brasil (SGMB) 86
Sistema aberto 111-118
Sistema fechado 112-114, 118
Tribunal de Contas 25, 108, 122
Venezuela 17, 21, 79, 81, 122
Vinculação aos direitos fundamentais 48-53