

FERNANDO FACURY SCAFF

ROYALTIES

DO PETRÓLEO, MINÉRIO E ENERGIA

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial
Coordenação
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Técnica de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite
Assistentes Documentais: Roberta Alves Soares Malagodi e Samanta Fernandes Silva

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Assistentes Administrativos: Antonia Pereira e Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Auxiliar de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Capa: Chrisley Figueiredo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Scaff, Fernando Facury
Royalties do petróleo, minério e energia : aspectos constitucionais, financeiros e tributários / Fernando Facury Scaff. – 1. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-5305-9

1. Direitos fundamentais sociais 2. Minas e recursos minerais – *Royalties* – Legislação – Brasil 3. Petróleo – Brasil 4. Petróleo – História 5. Petróleo – Leis e legislação – Brasil 6. Petróleo – *Royalties* – Brasil 7. Políticas públicas I. Título.

14-05512

CDU-342.7:665.6(81)(094)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Lei do petróleo : *Royalties* decorrentes da exploração de recursos naturais não renovável : Direitos e garantias fundamentais : Direito constitucional 342.7:665.6(81)(094)

FERNANDO FACURY SCAFF

ROYALTIES

DO PETRÓLEO, MINÉRIO E ENERGIA

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

(royalties e participações especiais), denominados genericamente na lei de regência como *participações governamentais*, o que engloba outras parcelas que não se caracterizam como *royalty*. Cada qual possui incidências distintas e problemas peculiares para sua delimitação. Podem ocorrer problemas em face da apropriação do custo do transporte entre o ponto em que é realizada a extração do produto mineral e aquela onde ele é beneficiado, que algumas vezes dista milhares de quilômetros, ou ainda em razão da *cessão onerosa* em que a União concedeu à Petrobras o direito de explorar enormes reservas petrolíferas. Existe ainda um tipo de *royalty internacional* que pode ser cobrado pela exploração de recursos naturais não renováveis na *plataforma continental estendida*, que no Brasil se denomina Amazônia Azul, mas que ainda pende de regulamentação.

4) Peculiaridades relativas à incidência de *royalties*, tais como a questão da prescrição e da decadência, levam à cogitação da adoção de um Código de Receitas Públicas, que envolveria o estabelecimento de normas gerais para a cobrança de receitas patrimoniais e fiscais.

Capítulo IV

Rateio dos *Royalties*

SUMÁRIO: 1. A divisão das receitas no espaço e no tempo: 1.1 Notas sobre federalismo fiscal e o sistema de fundos; 1.2 Competência, capacidade e disputas federativas. A questão da fiscalização dos *royalties*: 1.2.1 O art. 20, § 1.º, da CF, exige lei federal ou lei complementar?; 1.3 Notas sobre os conceitos de vinculação, afetação e despesas obrigatórias – 2. A divisão dos *royalties* no Brasil atual: 2.1 Compensação Financeira sobre Exploração Mineral (CFEM); 2.2 *Royalties* hidrelétricos: 2.2.1 Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos (CFURH); 2.2.2 *Royalties* de Itaipu; 2.3 Petróleo: 2.3.1 Análise da tramitação legislativa das normas que modificaram o sistema de rateio dos *royalties*; 2.3.2 *Royalties* do petróleo; 2.3.3 Participações especiais; 2.3.4 Análise crítica do debate judicial sobre a Lei 12.734/2012, que modificou o sistema de *royalties*: 2.3.4.1 As receitas de *royalties* são receitas originárias dos Estados e Municípios?; 2.3.4.2 A questão ambiental subjacente: indenização ou compensação por danos? A expressão “coringa”; 2.3.4.3 Direito adquirido ao critério revogado de rateio; 2.3.4.4 Cláusula pétrea federativa: ICMS e *Royalties*. *Mens legislatoris*; 2.3.4.5 A questão da segurança jurídica e a confiança legítima interfederativa; 2.3.4.6 Isonomia: a norma do art. 20, § 1.º, da CF/1988 prevê rateio federativo diferenciado?; 2.3.5 Contraponto: ADIns, Fundos de Participação e de Equalização fiscal e cláusula pétrea: 2.4 O uso dos *royalties*: 2.4.1 Vedações, liberdade orçamentária e guerra fiscal; 2.4.2 A arrecadação dos *royalties* impacta a receita tributária dos entes subnacionais? A questão do VAF – Valor Adicionado Fiscal – 3. Questões de justiça intergeracional: 3.1 O Fundo Social (FS), o Fundo Soberano do Brasil (FSB) e o Fundo Fiscal de Investimento e Estabilização (FFIE); 3.2 Por que poupar essas receitas para uso futuro? Uma questão de justiça intergeracional; 3.3 E a maldição dos recursos naturais? – 4. Síntese das principais ideias deste capítulo.

1. A DIVISÃO DAS RECEITAS NO ESPAÇO E NO TEMPO

1.1 *Notas sobre federalismo fiscal e o sistema de fundos*

01. Federalismo fiscal implica em fórmulas financeiras para o rateio espacial das receitas públicas visando sua melhor distribuição entre os diversos entes subnacionais. Trata-se de um critério político, que envolve aspectos financeiros, visando melhor atender a população nos mais diversos rincões do território de um país.

Na verdade, quem pode exigir o pagamento de receitas públicas é o Estado (*lato sensu*), que, por técnicas jurídicas, distribui tanto o poder de cobrar (competências) quanto o valor arrecadado (receita transferida) entre os diversos entes subnacionais. Daí o exemplo brasileiro, em que a Constituição atribui competência tributária diferenciada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. E também estabelece que o produto arrecadado deve ser dividido entre esses entes federados.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto na ADI-MC 2080, na qual foi Relator o Min. Sydney Sanches, fez percutiente análise da questão territorial federativa, argumentando que:

"Na federação, não há área ou suas projeções que não estejam no território de um Estado ou do Distrito Federal e, simultaneamente, de um Município.

O art. 20, § 1.º – relativo à chamada participação ou compensação financeira na exploração de recursos minerais, de petróleo ou gás natural – é o corolário claro deste princípio, o de que, embora ninguém discuta tratar-se de bens dominiais da União, as jazidas se situam no território de um Estado, de um Município ou do Distrito Federal. Basta dizer que temos, no País, áreas, ou partes territoriais integralmente do domínio da União: pense-se no Estado de Roraima e nos seus territórios indígenas, nos quais há Municípios inteiramente inseridos, sem que, por isso, deixem de ter um território".¹

O federalismo fiscal atua sobre o território politicamente considerado, pois sobre o espaço geográfico superpõem-se os desdobramentos político-administrativos, rateando as receitas públicas.

02. Existem várias fórmulas para se realizar o rateio espacial de receitas entre diversos entes federativos. José Maurício Conti² nos relata que esse é um mecanismo que: "visa assegurar um equilíbrio federativo, tanto em relação às próprias entidades descentralizadas entre si, como também na relação destas com o poder central, de forma a permitir que cada uma delas possa, com recursos disponíveis, realizar as atividades que lhe foram atribuídas".

Para a implementação dessa descentralização interna corporis ao Estado nacional para com seus entes subnacionais, qualquer que seja seu *nomen juris* (Estados-membros,

1. Julgamento ocorrido em 06.02.2002, antes, portanto, do caso Raposa Serra do Sol, Pet. 3.388, j. 19.03.2009, onde grande parte do território do Estado de Roraima foi afetado à reservas indígenas.

2. José Maurício Conti, *Federalismo fiscal e fundos de participação*, São Paulo: Juarez de Freitas, 2001, p. 32.

municípios, províncias, regiões, comunidades autônomas etc.), e independente de ser formalmente adotado o sistema federativo de governo, os mecanismos mais comuns de divisão dos recursos arrecadados são:

a) A repartição das fontes de receita,³ denominação utilizada por Maurício Conti, que Antonio Roberto Sampaio Dória intitula de discriminação pela fonte.⁴ Pode ser estipulada de duas formas diferentes:

1. Atribuindo competência impositiva privativa a um ente subnacional, como é o caso, no Brasil, da atribuição de competência tributária própria aos Municípios para cobrar certos impostos e à União e aos Estados para a cobrança de outros.

2. Ou por meio de competência impositiva compartilhada entre diferentes entes subnacionais, sendo atribuída uma parte da alíquota a um ente federado e outra parte a outro. No Brasil isso foi realizado pela Constituição de 1988 com a criação do Adicional estadual do Imposto sobre a Renda,⁵ ao lado da usual atribuição à União para a cobrança do mesmo tributo. Fernando Rezende lembra que, na federação canadense, a alíquota do IVA – Imposto sobre o Valor Acrescido, imposto sobre o consumo, é compartilhada entre a União e a Província de Quebec.⁶

b) A repartição do produto da arrecadação, denominação adotada por Maurício Conti,⁷ e que Sampaio Dória⁸ intitula de discriminação pelo produto, que ocorre quando há obrigatoriedade de transferência do valor arrecadado, ou de parte dele, de uma unidade federada a outra. Pode ocorrer de duas formas:

1. Direta, quando o produto arrecadado, ou parte dele, é transferido de uma unidade federada para outra, em face de direta correlação com o evento econômico nela ocorrido. Bom exemplo pode ser visto no caso brasileiro do IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, em que 50% do que tiver sido arrecadado retorna diretamente ao Município onde estiver registrado o veículo automotor;

2. Ou indireta, quando existe uma fórmula de divisão dos valores arrecadados, sem uma exata correlação com o evento econômico ocorrido na unidade subnacional recebedora dos valores. Um exemplo pode ser visto nos fundos federativos brasileiros, o FPE – Fundo de Participação dos Estados e o FPM – Fundo de Participação dos Municípios, onde a distribuição decorre de critérios políticos, que envolvem território e população.

3. José Maurício Conti, *Federalismo fiscal e fundos de participação* cit., p. 36.

4. Antonio Roberto Sampaio Dória, *Discriminação de rendas tributárias*, São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 19.

5. Art. 155, II, na redação original. Esse adicional foi extinto pela Emenda Constitucional 3/1993.

6. Fernando Rezende, *Os desafios do federalismo fiscal*, in: Fernando Rezende (coord.). *Desafios do federalismo fiscal*, Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 16.

7. José Maurício Conti, *Federalismo fiscal e fundos de participação* cit., p. 37.

8. Antonio Roberto Sampaio Dória, *Discriminação de rendas tributárias* cit., p. 19.

03. Ainda sob a ótica da *divisão do produto da arrecadação*, Maurício Conti⁹ indica a possibilidade de haver *cooperação vertical* e *horizontal*. Essa expressão advém da ideia de *federalismo cooperativo*. Cooperação, consoante o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Jr.:¹⁰

"Exige concorrência como fator de desenvolvimento. Não a concorrência predatória, que visa a eliminar ou impedir o concorrente, mas a *concorrência da interdependência*, na qual aos concorrentes devem ser asseguradas condições básicas para competir. Daí o fomento como atividade capaz de *remover desigualdades básicas* geradas por condições econômicas adversas, numa região ou num setor, que, então, devem ser compensadas por incentivos num regime de equilíbrio ponderado".

Assim, a lógica de *federalismo cooperativo* deve ter por escopo o desenvolvimento conjunto das unidades federadas, de modo que todos tenham iguais condições de participar das oportunidades apresentadas no jogo econômico e de poder, e não de concorrência predatória, o que pode descambar em *guerra fiscal*. Incumbe ao federalismo cooperativo a redução das desigualdades regionais, a fim de que as pessoas possam efetivamente ter maiores oportunidades para o desenvolvimento de suas capacidades,¹¹ morem no Estado de Pernambuco ou no de Mato Grosso. Com melhor distribuição geográfica desses recursos financeiros, pressupõem-se que os entes federados tenham a possibilidade de utilizar essa receita pública em prol da população que reside em seu território, permitindo-lhes exercitar suas aptidões e ter melhor qualidade de vida.

Portanto, sob a ótica da *divisão do produto da arrecadação*, pode-se distinguir entre critérios de partição *verticais* e *horizontais*.

- a) Haverá *partilha vertical* quando as transferências forem entre os entes federativos maiores e menores. É a usual no Brasil, considerada "de cima para baixo", pois a União é quem arrecada e partilha com Estados e Municípios; ou ainda, os Estados arrecadam e partilham com os Municípios. Nada obsta que essa regra seja operacionalizada de forma contrária, de baixo para cima.
- b) Haverá *partilha horizontal* quando as unidades federadas de mesmo grau partilharem os recursos entre si, tal como ocorre na Alemanha, segundo nos informa Maurício Conti.¹²

Outro tipo de rateio é o *temporal*, normalmente realizado através de fundos específicos, que *projetam no tempo a redução das desigualdades intergeracionais*, de modo de que uma geração obtenha e transfira às pósteras situações de bem estar superiores à que recebeu. Tal critério não está contido na tradicional conceituação de federalismo fiscal.

9. José Maurício Conti, *Federalismo fiscal e fundos de participação* cit., p. 40.

10. Tercio Sampaio Ferraz Jr., Unanimidade ou maioria nas deliberações do Confaz – Considerações sobre o tema a partir do princípio federativo. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, vol. 59, p. 9, set.-out. 2012, da versão digital.

11. Ver Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

12. José Maurício Conti, *Federalismo fiscal e fundos de participação* cit., p. 40-41.

04. É necessário também ter cautela com a denominação "fundo", pois, pela singela descrição acima, pode-se constatar diferentes finalidades sob o mesmo *nomen juris*. Regis Fernandes de Oliveira¹³ lembra que o art. 71 da Lei 4.320/1964 define o que se deve entender por *Fundo Especial*,¹⁴ que possui as seguintes características:

- a) *Receitas especificadas* – a lei deve informar exatamente quais as receitas devem compor o Fundo;
- b) *Vinculação* – a lei deve estabelecer as finalidades a serem atendidas com aqueles recursos;
- c) *Forma de utilização* – Pode a lei reger a forma de utilização desses recursos.
- d) *Saldo financeiro* – não havendo prazo determinado para sua extinção, o que deve ser estabelecido em lei, os saldos existentes devem ser transferidos para o exercício seguinte, à conta do mesmo Fundo.¹⁵

Constata-se, portanto, segundo Regis Fernandes de Oliveira, a existência de pelo menos dois tipos de *Fundos*:

1. Os *Fundos de Participação*, cuja finalidade é permitir a divisão dos recursos de forma geográfica, consoante critérios políticos estabelecidos em lei, dos quais os exemplos mais usuais são o FPE e o FPM
2. E os *Fundos de Destinação*, cujo objetivo é a vinculação de receitas para atender a determinadas finalidades. No Brasil, esses tipos de Fundos são abundantes, alguns dos quais listados por Regis Fernandes de Oliveira,¹⁶ v.g., Fundef – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, que foi substituído pelo Fundeb – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação; o FSE – Fundo Social de Emergência, que foi transformado em FEF – Fundo de Estabilização Fiscal; o Fundo Partidário; o Fundo de Combate à Pobreza; dentre outros.

A variedade é enorme, seja pelo âmbito das receitas acumuladas (apenas as de alguns tributos, ou as obtidas pelas receitas de privatização ou ainda pela receita oriunda de recursos naturais não renováveis – as possibilidades são diversas), seja pelo âmbito de atuação, vinculada a projetos especiais, usualmente nas áreas de educação ou da realização de novos investimentos visando modificar a base produtiva de determinado país.

Quando as metas legalmente estabelecidas para esses *Fundos de Destinação* implicam reserva de valor para investimentos de longo prazo, que geram retorno para a presente e também para as futuras gerações, estar-se-á diante de uma *repartição temporal* desses recursos. Dois Fundos brasileiros avultam com esse aspecto: o Fundo Soberano

13. Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 312 e ss.

14. "Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação."

15. "Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo."

16. Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro* cit., p. 315-316.

do Brasil¹⁷ e o Fundo Social criado pela lei que estabeleceu o sistema de partilha de produção de petróleo, a Lei 12.351/2010, art. 47 e seguintes, que serão analisados na parte final deste Capítulo, a despeito de não se referirem a rateio federativo, espacial, mas à repartição temporal, diferida no tempo.

Fundos de equalização, que serão melhor tratados adiante neste Capítulo, podem servir tanto para repartição quanto para destinação de recursos, a partir do desenho institucional que vier a ser realizado.

05. Portanto, como ensina Regis Fernandes de Oliveira, o federalismo fiscal, “significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhes meios para atendimento de seus fins”.

E prossigue o referido autor, dando ênfase ao aspecto que é o objetivo deste Capítulo: “Não só dos tributos, no entanto, mas também das receitas não tributárias, como as decorrentes da exploração de seu patrimônio (preço), da prestação de serviços decorrentes da concessão ou da partilha do produto da produção, de energia elétrica e da produção mineral, na forma do § 1.º, do art. 20, da CF”.¹⁸

Assim, o conceito de federalismo fiscal envolve a partilha da receita tributária e patrimonial¹⁹ entre entes federados, seja por meio da repartição das fontes de receita, seja pela repartição do produto da arrecadação, podendo ser utilizado o sistema de fundos financeiros especiais para sua implementação.

1.2 Competência, capacidade e disputas federativas. A questão da fiscalização dos royalties

06. Adotando a sistemática da repartição das fontes de receita, vê-se que a Constituição Federal estabeleceu que a União é proprietária dos recursos minerais e dos potenciais de energia hidrelétrica existentes no Brasil (CF, art. 20, VIII e IX, podendo também haver sua alocação nos incisos I e V), é também da União a competência para legislar sobre esses bens (CF, art. 22, IV e XII), e colocou na União a capacidade regulatória desses setores (CF, art. 176). Todas essas funções estão concentradas nesse ente federativo.

O produto da arrecadação dos royalties deverá ser dividido com Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma da lei (CF, art. 20, § 1.º). Consoante a sistemática de

17. Para esse assunto, ver Heleno Taveira Torres e Felipe da Cunha Rodrigues, *Fundo soberano do Brasil* – Regime jurídico dos fundos públicos especiais, experiência internacional e a Lei 11.887/2008. Belo Horizonte: Fórum, 2012. No mesmo sentido, o artigo de Ana Carla Bliacheriene, Marcos Hime Funari e Renato Jorge Brown Ribeiro, *Natureza jurídica do fundo soberano brasileiro e do fundo fiscal de investimentos e estabilização*, *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 1, p. 175-196.

18. Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro* cit., p. 42.

19. Tramita no Senado Federal uma Proposta de Emenda Constitucional para introduzir “o art. 251 na Constituição, para dispor sobre as bases do federalismo fiscal, estruturado por meio do Código do Federalismo Fiscal e outras leis complementares específicas”, no qual se busca regular estas transferências, incluindo a dos royalties.

federalismo fiscal, essa fonte de receita patrimonial ficou atribuída à União, sendo que o produto arrecadado deverá ser dividido com os entes subnacionais na forma da lei.

Por esse sistema, tendo sido atribuída pela Constituição essa fonte de receita patrimonial exclusivamente à União, fica afastada a competência dos demais entes federativos para arrecadar esses valores. A estes apenas compete o direito à divisão do produto da arrecadação, na forma que vier a ser estabelecida por lei federal.

07. No Brasil, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica não possuem a mesma estrutura jurídico-constitucional dos bens ambientais.

a) O meio ambiente é um bem de uso comum do povo (art. 225 da CF), enquanto os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica são expressamente bens da União.

b) A legislação sobre meio ambiente é de competência concorrente entre os entes federados (art. 24, VI, da CF), sendo de competência privativa da União legislar sobre os bens minerais e hidroenergéticos (art. 22, IV e XII, da CF).

c) Enquanto todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), só é possível explorar a atividade minerária e os potenciais de energia hidráulica quem receber a outorga desse direito pela União (art. 176 da CF).

Essa diferenciação pode muito bem ser identificada na decisão proferida pelo STF, no HC 89.878, relatado pelo Ministro Eros Grau, no qual foi distinguido o bem jurídico tutelado em ambas as situações:

“Habeas corpus. Penal e processual penal. Arts. 2.º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998. Tutela de bens jurídicos distintos. Revogação. Não ocorrência. 1. Os arts. 2.º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998 tutelam bens jurídicos distintos: o primeiro visa a resguardar o patrimônio da União; o segundo protege o meio ambiente. 2. Daí a improcedência da alegação de que o art. 55 da Lei 9.605/1998 revogou o art. 2.º da Lei 8.176/1991”.

As distinções acima referidas não afastam a possibilidade de ocorrerem variados impactos ambientais na atividade de exploração minerária ou energética. O que se destaca é que são bens que possuem regulações jurídicas diversas e devem ser tratados de maneira diferente.

08. Os entes subnacionais não possuem direito autônomo ao recebimento dos royalties diretamente das empresas concessionárias, exceto se a União, por lei, assim o permitir.

Roque Carrazza, analisando a diferença entre competência e capacidade tributária, estabelece que:

“Embora a competência tributária – aptidão para criar o tributo – seja indelegável, a capacidade tributária ativa – aptidão para arrecadar o tributo – é delegável por lei (lei, é claro, da pessoa jurídica competente). Assim, nada impede que pessoa diversa daquela que criou o tributo venha, afinal, desde que autorizada por lei, a arrecadá-lo”.²⁰

20. Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito tributário*, 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 236.

A distinção que o autor acima menciona acerca da competência e capacidade tributária serve para a análise das receitas patrimoniais? Entende-se que sim. A União é o ente federado competente para a arrecadação e fiscalização dessas receitas decorrentes da exploração de seu patrimônio, conforme as normas constitucionais acima elencadas, porém pode, por lei, atribuir a outro ente federativo, ou mesmo a um órgão de sua estrutura político-administrativa, a capacidade arrecadatória. É o caso da CFEM, em que a capacidade arrecadatória e o poder de fiscalizar²¹ esse tipo de *royalty* foi transferida pela União ao DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral. O mesmo ocorreu entre a União e a ANP – Agência Nacional do Petróleo.²²

Como visto, os entes subnacionais não podem sequer legislar sobre essa matéria, pois a Constituição atribuiu competência exclusiva à União para fazê-lo. Seria o mesmo que os Municípios legislassem obrigando os proprietários de veículos automotores a lhes pagar diretamente a parcela do IPVA que lhes é transferida pelos Estados. O Estado pode, por lei, permitir que o Município arrecade o IPVA (transferência de capacidade, e não de competência, pois essa é indelegável e intransferível) e transfira o saldo que lhe cabe aos cofres estaduais – mas, repete-se, só pode fazer isso por lei.

A busca pela arrecadação direta de sua parcela no rateio vem sendo objeto de inúmeras tentativas por parte de alguns entes federados. O Estado do Pará teve a primazia²³ de buscar cobrar diretamente sua parte nessa receita patrimonial da União, pela Lei 6.710/2005, que dispunha em seu art. 2.º:

“O pagamento das compensações financeiras ou participação no resultado, ou participações governamentais, deverá ser efetuado mensalmente, pelas empresas concessionárias exploradoras de recursos hídricos e minerais, diretamente ao Estado do Pará, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos moldes da legislação federal”.

Foi proposta pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), perante o STF, a Ação Cível Originária 845, tendo por relator o Min. César Peluso. A decisão

foi pela inadequação processual da via eleita, que deveria ser Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo sido improvida a pretensão.

Outro movimento nesse sentido pode ser visto pela ADIn 4.606, proposta pela Presidente da República contra a Lei 10.850/2007 do Estado da Bahia, que já conta como *amicus curiae* os Estados do Amazonas, Espírito Santo e Sergipe. Embora toda a lei esteja sob o crivo do STF, para fins do que ora se analisa, o art. 5.º é mais relevante. Estabelece a norma relativamente aos *royalties*: “O pagamento das compensações e participações financeiras de que trata esta Lei será efetuado pelos responsáveis diretamente ao Estado da Bahia ou à Secretaria do Tesouro Nacional, conforme dispuser o regulamento”. Essa norma estadual está sendo contestada pela Advocacia da União com base nos artigos constitucionais acima descritos, em especial pelo fato de que permite o pagamento direto da parcela de *royalties* que cabe por rateio à Bahia diretamente aos cofres daquele Estado. O relator atual é o Min. Teori Zavascki, já tendo sido relatores os Ministros César Ayres e Cesar Peluso, ambos aposentados. A liminar pleiteada não foi concedida.

Outro caso que segue o mesmo diapasão é o RE 694.744, no qual se verifica que as normas estaduais foram julgadas inconstitucionais através de controle difuso ainda pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, tendo sido relatora a Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, sob a seguinte ementa:²⁴

“Contribuição Financeira sobre Exploração de Recursos Minerais – Fiscalização e arrecadação pelo Estado de Sergipe – Inconstitucionalidade das Leis 5.207/2003²⁵ e 5.854/2006²⁶ – Ofensa ao art. 22 da CF – Fiscalização pelo Estado de Sergipe – Impossibilidade – Nulidade do auto de infração. I – A discussão relativa à inconstitucionalidade das Leis 5.207/2003 e 5.854/2006, por ter o Estado de Sergipe invadido a competência privativa da União, que lhe foi conferida pelo art. 22, XII, da CF, foi resolvida definitivamente no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade 0004/2011; II – Tendo o Plenário desta Corte de Justiça reconhecido a incompetência do Estado de Sergipe para legislar e cobrar a Contribuição Financeira sobre Exploração de Recursos Minerais – CFEM, impõe-se a anulação do Auto de Infração 130.621/2005; III – Recurso conhecido, para lhe dar provimento”.

Foi interposto recurso extraordinário pelo Estado de Sergipe ao STF, tendo sido distribuído esse recurso à Ministra Cármen Lúcia e aguarda julgamento.

Outros Estados possuem normas semelhantes, como o do Espírito Santo, com a Lei 8.501/2007 e o Estado do Rio de Janeiro, com a Lei 5.139/2007.

21. “Art. 3.º A autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: IX – baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, de que trata o § 1.º do art. 20 da Constituição Federal.”
22. Lei 9.478/1997: “Art. 8.º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (...) VII – fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.”
23. A menção à primazia paraense no estabelecimento da arrecadação direta do *royalty*, ver Fabricio do Rosário Valle Dantas Leite, As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do Estado-membro. *Revista Direito GV*, São Paulo: Fundação Getulio Vargas, vol. 5, n. 2, p. 545, jul.-dez-2009, nota de rodapé 50.

24. Acórdão 17218/2011, da 2.ª Cam. Civ. do TJSE.

25. Essa norma estadual estabeleceu obrigações acessórias às empresas contribuintes dos *royalties*, tais como a da entrega de todos os comprovantes de recolhimento dos últimos 10 anos, para fiscalização.

26. O foco do debate aqui analisado encontra-se no art. 1.º: “O acompanhamento e fiscalização da exploração de recursos minerais e hídricos, inclusive petróleo e gás natural, por concessionários, exploradores, cessionários e outros, nos termos da Constituição Federal, assim como a fiscalização e cobrança das correspondentes parcelas de compensações financeiras, receitas não tributáveis decorrentes da referida exploração são da competência do Estado de Sergipe”.

O DNPM, no âmbito de sua competência na área de mineração, já exarou o Parecer 83/2010, da lavra do procurador federal Herbert Pereira da Silva, entendendo inconstitucionais tais normas estaduais por invasão de competência da União.²⁷ Tais considerações levaram Guilherme Simões Ferreira e Guilherme Corrêa da Fonseca Lima a afirmar que, quando Estados e Municípios editam leis inconstitucionais como essas, visando cobrar, arrecadar e fiscalizar a CFEM decorrente da atividade minerária em seus territórios, além de ferirem a Constituição, estão “tumultuando o processo de concretização dos anseios sociais”.²⁸

09. Qual o limite de atuação desses entes subnacionais? Terão poder fiscalizatório? O art. 23 IX da Constituição estabelece ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

Entende-se que essa norma não regula de forma autônoma essa matéria, em face de seu parágrafo único, que estabelece: “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Logo, sua implementação ordenada deverá resultar de uma lei complementar que vier a estabelecer as formas de cooperação interfederativas possíveis, a fim de que não haja superposição de funções e atribuições, o que gera desperdício do dinheiro público.

A LC 140, veiculada em 08.12.2011, foi editada para regular essa cooperação relativamente às atribuições dos incs. III, VI e VII do art. 23, que dizem respeito à matéria ambiental. Nessa norma se veem relacionados “instrumentos de cooperação” e “ações de cooperação” divididas por ente federado, de maneira coordenada, a fim de evitar que ocorra invasão de competência de um ente na esfera de outro e para que não haja superposição de funções e gastos desnecessários de recursos humanos e financeiros. Não existe nada semelhante com referência ao inc. IX do art. 23 da CF, até o presente momento.

10. Por outro lado, a qual objeto fiscalizatório se refere o inc. IX do art. 23 da CF?

A norma menciona o direito de “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração”. Observe-se que não se refere às concessionárias – não há texto expresso nesse sentido – a menção é às concessões. Ou seja, os Estados e Municípios, no âmbito de seus territórios, têm o direito de conhecer e fiscalizar as concessões existentes; não as empresas concessionárias. Não têm o poder de decidir

27. A mesma tônica pode ser encontrada no texto, do mesmo autor, Herbert Pereira da Silva, Inconstitucionalidade de Leis Estaduais e Municipais que disciplinam a fiscalização, arrecadação e cobrança da CFEM, in: Marcelo Mendo Gomes de Souza (coord.), *Hipótese de não incidência da Compensação Financeira por Exploração Mineral (CFEM) sobre o produto mineral industrializado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 169-185.

28. Guilherme Simões Ferreira e Guilherme Corrêa da Fonseca Lima, Competência da União Federal para cobrança, arrecadação e fiscalização da CFEM, in: Marcelo Mendo Gomes de Souza (coord.), *Hipótese de não incidência da Compensação Financeira por Exploração Mineral (CFEM) sobre o produto mineral industrializado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 151.

sobre elas, pois isso é de competência federal, mas de saber os limites, os minerais abrangidos e os valores pagos.

Como não há poder de polícia a ser exercido sobre o concessionário, sobre aquele que exerce a atividade, não se há de falar na cobrança de taxas (tributárias) pelo exercício do poder de polícia por parte dos entes subnacionais. Esse assunto, dentre outros aspectos, encontra-se em debate no STF acerca da TFRM – Taxa de Fiscalização de Recursos Minerais instituída por três Estados da Federação: Minas Gerais, Pará e Amapá (respectivamente ADIn 4.785, rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADIn 4.786, rel. Min. Celso de Mello e ADIn 4.787, rel. Min. Luiz Fux).²⁹

Aliás, registre-se que o Estado do Pará já tentou criar uma espécie de “CFEM Estadual” pela Lei 6.986/2007, sob o nome de “indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente”.³⁰ Após ter tido como relatores o Min. Gilmar Mendes e Ellen Gracie, a ADIn 4.031, que ataca essa Lei, tem como relatora atual a Min. Rosa Weber. Não foi concedida liminar. Ainda se aguarda o julgamento.

1.2.1 O art. 20, § 1.º, da CF, exige lei federal ou lei complementar?

11. Ives Gandra da Silva Martins menciona que a lei referida no art. 20, § 1.º, da Constituição de 1988 deveria ser uma lei complementar, em virtude de seu caráter nacional, pois,

“na medida em que pretendeu o constituinte outorgar participações e compensações, objetivando a descentralização federativa, que é a tônica idealizada pelo novo Texto, não pode deixar nas mãos do legislador federal a determinação dos termos e

29. Sobre a análise de legalidade e constitucionalidade dessas normas, ver Fernando Facury Scaff e Alexandre Coutinho da Silveira, Taxas de fiscalização sobre a exploração de recursos minerais, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 210, mar. 2013; Sacha Calmon Navarro Coelho, Misabel Abreu Machado Derzi e André Mendes Moreira, A taxa de fiscalização de recursos minerais instituída por Minas Gerais e a nova Lei 20.414/2012 – pior a emenda que o soneto, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 210, mar. 2012; Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, Mineração. Taxa pelo exercício do poder de polícia. Competência dos Estados. Lei 19.976, do Estado de Minas Gerais, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 205, out. 2012; Ives Gandra da Silva Martins, Taxa de fiscalização mineral do Estado do Pará – Exercício de competência impositiva outorgada pela Constituição Federal (arts. 23, XI e 145, II) – Exação constitucional, *Revista dos Tribunais*, vol. 919, maio 2012; e Sacha Calmon Navarro Coelho e Eduardo Junqueira Coelho, A inconstitucionalidade da taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais e fiscalização de Minas Gerais (aspectos materiais e formais), *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética n. 204.

30. O art. 2.º, alterando outras normas, inseriu a seguinte disposição: “§ 1.º Constitui fato gerador da indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente, a saída de produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provém e se equipara à saída, o consumo ou a utilização da substância mineral, em processo de industrialização realizado dentro das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou ainda em qualquer estabelecimento. § 2.º A indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente prevista no inciso II deste artigo, será calculada sobre o total das receitas resultantes da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial, excluídos os tributos incidentes”.

percentuais de tal participação ou compensação, visto que correriam os demais entes federados o risco de pouco receber".³¹

Discorda-se desse entendimento, por algumas razões.

A primeira é referida pelo próprio autor, que menciona não ter sido exigido expressamente essa qualificação de "complementar" à norma mencionada no art. 20, § 1.º. Não existindo essa expressa exigência no texto, não há de fazê-la o intérprete.

Outra razão é o alegado caráter de *nacionalidade* na norma. Incontáveis outras normas federais abrangem o território nacional. Aqui há uma equivalência da territorialidade com o alcance da norma, conforme fez o STF na ADI-MC 2080 cuja ementa foi acima transcrita.

Por outro lado, como a receita pública e os bens que a geram são da União – o que é proclamado pela Constituição – a repartição da receita federal pode ser decidida isoladamente pela titular desses bens e receitas, que é a União. Logo, é suficiente ser uma lei federal, não havendo razão de ser uma lei reforçada, como são as leis complementares, na qual é exigido maior quórum de aprovação.

Cabe ainda referir que o receio corretamente apontado por Ives Gandra acabou por não se concretizar, que seria de a União se apoderar da maior parte dos recursos, em detrimento dos demais entes federados. Passadas mais de duas décadas de vigência dessa norma, verifica-se que a União não adotou esse comportamento –, pelo contrário, vem dividindo com os entes subnacionais mais do que mantém em seu próprio cofre. As lides que surgem nesse aspecto dizem respeito ao critério de rateio interfederativo horizontal, ao invés de um abocanhamento da maior parte das receitas pela União, acarretando disputas verticais no federalismo brasileiro. Essas lides serão analisadas adiante, neste Capítulo.

Registra-se, contudo, que esta lei federal não poderá estabelecer diferença entre os entes federados que seja injustificada ou ainda que acarrete nenhum valor a ser rateado para algum deles.

1.3 Notas sobre os conceitos de vinculação, afetação e despesas obrigatórias

12. Para a perfeita compreensão desse sistema de *federalismo fiscal* e de *fundos*, é necessário introduzir o conceito de *vinculação da receita* e distingui-lo dos conceitos de *afetação das despesas* e de *despesas obrigatórias*.

Vinculação da receita corresponde a um *liame normativo* (constitucional ou legal) estabelecido para a *receita*, unindo-a a certa *despesa*, *órgão* ou *fundo*. Trata-se de um conceito *relacional*. No Brasil, pós-Constituição de 1988,³² é vedada a vinculação da receita da espécie tributária *imposto*, sendo admitida a vinculação das demais espécies

31. Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2001, t. I, p. 107-108.

32. Na Constituição anterior, a vedação se referia a *tributos* e não a *impostos*. Ver Fernando Facury Scalf, Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições, in: Luís Eduardo Schoueri (Coord.), *Direito tributário*, São Paulo: Quartier Latin, 2003, vol. 2, p. 1139.

de receita. A norma constitucional, do art. 167, IV,³³ veicula o que se convencionou chamar de *Princípio da Não Afetação*.³⁴ Contudo, a proibição da vinculação da receita de *impostos* admite exceções, estabelecidas na própria Constituição. Enquanto os gestores centrais do orçamento lutam para desvincular receitas, os gestores setoriais buscam vinculá-las, pois, para estes, contar com recursos vinculados é um conforto, pois "não precisam disputar esses recursos com os demais gestores durante a elaboração e aprovação do orçamento", segundo a análise de James Giacomoni.³⁵

André Castro Carvalho menciona a possibilidade de serem criadas vinculações de um específico tributo ou de fração da receita pública a fins específicos ou amplos,³⁶ a depender dos objetivos que vierem a ser estabelecidos pela política econômica envolvida. Essas vinculações teriam várias funções, dentre elas a de conceder autonomia financeira para um Poder, opinião compartilhada por Maurício Conti, no que tange ao Poder Judiciário,³⁷ ou servir como garantia de contratos com o poder público.³⁸

Outro conceito é o de *afetação*, que possui correlação com *finalidades*. Enquanto a *vinculação* cria um *liame normativo* entre receita e despesa, a *afetação* diz respeito a uma finalidade a ser realizada com aquela despesa.³⁹ A *vinculação* é um instrumento *financeiro formal*, enquanto a *afetação* é uma *técnica financeira de conteúdo*, pois cria um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia.

Na prática, os dois conceitos se entrelaçam, embora tenham conotações distintas. Por exemplo, na Constituição brasileira há *vinculação* (liame) de 18% da receita de impostos federais *afetados* (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, tudo por força do art. 212.

13. Há de distinguir, portanto, esses dois conceitos do que anteriormente foi tratado, que é o de *distribuição do produto da arrecadação*.⁴⁰ O conceito de *distribuição do*

33. "Art. 167. São vedados: (...) IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2.º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8.º, bem como o disposto no § 4.º deste artigo."

34. Para sua melhor compreensão, ver Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro* cit., p. 365-366.

35. James Giacomoni, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*, in: José Maurício Conti; Fernando Facury Scalf (Coord.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 332.

36. André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25-26.

37. Ver José Maurício Conti, *A autonomia financeira do Poder Judiciário*, São Paulo: Ed. MP, 2006, p. 150. Para esse autor a eventual criação de vinculações de impostos ao Poder Judiciário não violaria a regra da *não afetação*, em razão de que a separação de poderes é uma cláusula pétreia.

38. André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas* cit., p. 129 e ss.

39. André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas* cit., p. 22 e ss.

40. Essa distinção, sob outra nomenclatura e enfoque, é feita por Celso de Barros Correia Filho, *Repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais*, in: José Maurício Conti; Fernando

produto da arrecadação é pertinente ao sistema de repartição da receita, de federalismo fiscal, de rateio de valores entre entes federados. O conceito de vinculação da receita diz respeito a um liame estabelecido entre aquela receita e uma determinada despesa, órgão ou fundo, obedecidas as ressalvas normativas. Não se trata de um rateio federativo, mas da criação de um elo normativo de ligação da receita a uma finalidade – a uma afetação. A distribuição do produto da arrecadação obedece a um critério espacial, geográfico; a vinculação de receita obedece a um critério relacional, que congrega a receita ao estabelecimento de uma finalidade. Afetação é o estabelecimento dessa finalidade, que ocorre através da vinculação a uma despesa, órgão ou fundo, obedecidas as restrições normativas.

Para aplicar esses conceitos, retorna-se a Regis Fernandes de Oliveira:⁴¹ o sistema de fundos de participação distribui o produto da arrecadação de forma interfederativa; o sistema de fundos de destinação cria vinculação da receita afetando-a a um fundo.

14. Conceito distinto dos anteriores é o de despesa obrigatória, ou gasto obrigatório, também conhecido como despesas de execução obrigatória. “Diferentemente da vinculação da receita, a despesa obrigatória resulta da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la”, segundo Giacomoni.⁴²

São essas despesas obrigatórias as principais responsáveis pela rigidez do orçamento, pois quanto maiores, menos espaço haverá para a discricionariedade do legislador.⁴³ As vinculações atrelam recursos a finalidades estabelecidas normativamente – existe uma fonte de recursos para satisfazer aquela fonte de despesa. Nas despesas obrigatórias não existe a direta fonte de recursos. São despesas dessa natureza os gastos com pessoal, os encargos da dívida pública e os gastos previdenciários, dentre outras.

É essa quantidade de despesas obrigatórias que engessa o orçamento e faz com que a discussão sobre sua natureza obrigatória ou vinculada tenha ficado apenas nas franjas das disponibilidades econômicas remanescentes. Adilson de Abreu Dallari bem demonstra isso ao afirmar que:

“o antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da pleora de normas que não deixam sombra de dúvida quanto ao fato de que o sistema de orçamentos é, na verdade, um subsistema do conjunto

Facury Scaff; Carlos Eduardo Faraco Braga (Org.), *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 197-216.

41. Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro cit.*, p. 312 e ss.

42. James Giacomoni, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*, in: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro cit.*, p. 354.

43. Francisco Sergio Rocha esclarece esse jogo entre os Poderes na atividade orçamentária: “O orçamento é muito mais do que uma previsão de receita e estimativa de despesa em um contexto de controle político, surgindo como um mecanismo de planejamento, aplicação e controle sobre o recurso público, procedendo a uma interação entre Executivo e Legislativo na efetivação das políticas públicas em observância ao comando da Constituição” (Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário, in: José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 742.

articulado de projetos e programas que devem orientar o planejamento governamental, o qual, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público”.⁴⁴

André Castro Carvalho acentua a diferença entre esses conceitos, ao mencionar que “a despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao gasto no exercício financeiro, diferentemente da vinculação. Esta, por outro lado, apenas estabelece um elo normativo entre uma fonte e destino”.⁴⁵ Aqui há uma discordância com o referido autor, pois ele coloca a ênfase distintiva na temporalidade para a realização do gasto público, ao mencionar que “obriga ao gasto no exercício financeiro para a realização do gasto torna ainda mais clara a distinção que efetua, ao escrever que:

“Já a despesa ou gasto obrigatório é, como o próprio nome diz, mandatório: exige que o ente federativo gaste certo percentual de sua receita pública total ou de alguma espécie tributária específica (comumente impostos) em um programa social dentro do exercício financeiro. É facilmente perceptível essa distinção quando a Constituição Federal, por exemplo, inscreve que os entes federativos deverão aplicar anualmente (art. 212, caput e 198, § 2.º) determinado percentual sobre as receitas em saúde e educação”.⁴⁶

De fato, observando-se o art. 212, caput, é literal a menção que “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito (...) por cento (...) da receita resultante de impostos (...) na manutenção e desenvolvimento do ensino”. O mesmo se verifica no § 2.º do art. 198, onde se encontra literalmente, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre (...)”.

Ocorre que o verbo utilizado pelas duas normas é “aplicar”, que nem sempre pode ser entendido como “gastar”, podendo sê-lo também como *entregar, atribuir, conferir, dirigir* dentre vários outros. As duas normas transcritas, dessa forma, podem ser interpretadas como uma regra de vinculação (liame) anual, que carrega fração do dinheiro anualmente arrecadado mediante uma fonte de recursos, afetando-o a uma despesa estabelecida. A temporalidade diz respeito ao total anualizado da receita que está vinculada a uma finalidade, e não ao gasto obrigatório com essa finalidade. Claro que haverá o gasto público naquela específica atividade, senão, qual a razão da arrecadação, da vinculação e da afetação? Não há a obrigação de gastar todo o valor afetado no mesmo exercício financeiro em que a receita tiver sido arrecadada. Essa é a diferença: a temporalidade.⁴⁷ Existe a obrigação de gastar os recursos vinculados, obedecida a afetação, mas não no mesmo exercício financeiro.

44. Adilson de Abreu Dallari, *Orçamento impositivo*, in: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 327.

45. André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas cit.*, p. 120.

46. André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas cit.*, p. 121.

47. Sobre direito financeiro e gastos com saúde, ver Michel Haber Neto, *Tributação e financiamento da saúde pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, e também Carolina Machado Freire Martins, *Os efeitos da judicialização da saúde no orçamento público federal: a desprogramação da assistência farmacêutica*, da dissertação de mestrado apresentada e aprovada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013, mimeo. Sobre a judicialização

Essa interpretação encontra-se formulada pelo STF na ADI 2.925-DF, julgada em 19 de dezembro de 2004, em que foi relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, na qual foi mantida a vinculação dos recursos arrecadados a título de CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico de um exercício financeiro para outro. O *obiter dictum* do Min. Carlos Mário é revelador dos debates havidos em Plenário:

“Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal⁴⁸ (...). Volto a repetir, não estou dizendo que o Governo deve gastar, isso é um ato político, não pode é desvincular o produto da arrecadação daquilo que está expressamente estabelecido na Constituição”.⁴⁹

Na verdade, são três os conceitos envolvidos e correlatos:

- a) o de vinculação, que cria o liame normativo entre receita e despesa;
- b) o de afetação, que estabelece a finalidade da despesa/destinação dos recursos;
- c) e o de gasto obrigatório, que obriga a realização de uma despesa sem que necessariamente existam recursos a ela vinculados.

Pode acontecer que esse gasto obrigatório venha a ocorrer em um ou mais exercícios, mas não poderá ser realizado em outra finalidade que não a prevista na afetação estabelecida e com, pelo menos, as receitas que tiverem sido a ela vinculadas (caso tenham sido), podendo ser com outras, se outras fontes de recursos forem destinadas.

Esse conceito de gasto obrigatório pode ocorrer (a) *por força de norma* que crie vinculações e afetações; como também pode decorrer de (b) sua *própria natureza*, como, por exemplo, os gastos obrigatórios orçamentários com pagamento de pessoal e seus encargos ou o pagamento do serviço da dívida pública.⁵⁰ A Lei de Responsabilidade Fiscal ampara a manutenção do saldo desses recursos vinculados à mesma finalidade em exercícios financeiros diversos.⁵¹

Esses três conceitos são importantes para tentar desfazer algumas dúvidas recorrentes, em especial as que entendem que há afetação nas transferências interfederativas obrigatórias. Vê-se, por exemplo, que o art. 167, IV, que criou o assim chamado *Princípio da Não Afetação*, traz em seu bojo prescrições que excepcionam:

- a) afetações (para saúde e educação);
- b) distribuição do produto da arrecadação (via Fundos de Participação para Estados e Municípios).

do direito à saúde, ver Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff, *Os tribunais e o direito à saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

48. Acórdão na ADIn 2.925, p. 175.

49. Acórdão na ADIn 2.925, p. 180.

50. Esses dois exemplos, inclusive, encontram-se “blindados” no sistema orçamentário brasileiro, pois a Constituição impede que o Congresso Nacional modifique a proposta de lei orçamentária anual enviada pelo Poder Executivo quanto ao que tiver sido estabelecido para gastar nessas rubricas – art. 166, § 3.º, II.

51. LC 101/2000, art. 8.º.

Correto André Castro Carvalho quando aponta a confusão técnica acima descrita e assevera que o constituinte de 1988 encarou o sistema de federalismo fiscal brasileiro nenhuma época foi possível ver esse mecanismo aplicado de maneira tão generalizada,⁵² embora alguns dos conceitos utilizados para afetar essas vinculações sejam de tal maneira abertos e vagos, que possibilitam uma “grande flexibilidade alocativa ‘por dentro’ dessas vinculações, que permite a escolha de distintos programas ou ações como beneficiárias desses recursos”, como ressaltam Franselmo Araújo Costa e Hélio Martins Tolini.⁵⁴

2. A DIVISÃO DOS ROYALTIES NO BRASIL ATUAL

15. Feita a análise conceitual dos royalties e sua inserção como resíduo de receita patrimonial dentro do Estado Fiscal (Cap. I), bem como a trajetória de sua existência no sistema normativo brasileiro até sua inserção constitucional em 1988 (Cap. II) e diversos aspectos de sua incidência (Cap. III), passa-se à questão da repartição do produto da arrecadação (rateio dos valores arrecadados), seja no âmbito espacial, que no Brasil assume a forma federativa acima esboçada, seja no âmbito temporal, que é a fórmula do Fundo Social brasileiro.

Após a Constituição de 1988, diversas leis trataram do rateio dos royalties sobre os recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica e sobre petróleo e gás. É sobre elas a análise que segue.

2.1 Compensação Financeira sobre Exploração Mineral (CFEM)⁵⁵

16. O rateio para a CFEM, consoante estabelece o art. 2.º da Lei 8.001/1990, com alterações, é o seguinte, considerado o total arrecadado:

- a) 23% para os Estados e o Distrito Federal;
- b) 65% para os Municípios;
- c) 2% para o FNDCT – Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;
- d) 8% para o DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral, órgão do Ministério das Minas e Energia;
- e) 2% para o IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

52. André Castro Carvalho, *Vinculação de receitas públicas* cit., p. 116.

53. James Giacomoni, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*, in: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro* cit., p. 332.

54. Franselmo Araújo Costa; Hélio Martins Tolini, *Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática*, in: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 953.

55. Registra-se que está tramitando no Congresso Nacional projeto de lei enviado pelo Poder Executivo para modificar estas regras e instituir o Novo Marco Regulatório da Mineração, o que foi comentado em tópico específico deste livro (Capítulo III, item 3.3).

3. QUESTÕES DE JUSTIÇA INTERGERACIONAL

3.1 O Fundo Social (FS), o Fundo Soberano do Brasil (FSB) e o Fundo Fiscal de Investimento e Estabilização (FFIE)

60. Foi mencionado acima, neste capítulo, seguindo o ensinamento de Régis Fernandes de Oliveira,²²⁸ que os Fundos podem se dividir em *Fundos de Participação* e *Fundos de Destinação*. Os primeiros são aqueles utilizados para realizar o rateio federativo de receitas e os segundos são aqueles que vinculam receitas a uma determinação afetação. *Fundos de equalização* podem servir tanto para *repartição* quanto para *destinação* de recursos, a partir do desenho institucional realizado.

Embora este trabalho tenha se proposto a analisar os aspectos mencionados no preâmbulo, essencialmente voltados para a questão da incidência e do rateio federativo dos *royalties* decorrentes da exploração de recursos naturais não renováveis, é necessário expor, ainda que de forma breve, algumas observações sobre o Fundo Social criado pela Lei 12.351/2010. Esse fundo, mais conhecido por Fundo Social do Pré-Sal, ou simplesmente FS, se caracteriza como um *fundo de destinação* para aplicação das receitas oriundas dos recursos naturais não renováveis brasileiros. *Não se trata de um fundo federativo, mas de um fundo criado com finalidades intergeracionais*. A despeito de fugir do escopo central deste trabalho, algumas considerações devem ser feitas.

61. Esse Fundo Social foi criado logo após a criação de outros dois Fundos, ambos pela Lei 11.887/2008: o Fundo Soberano do Brasil – FSB e o Fundo Fiscal de Investimento e Estabilização – FFIE. O desenho proposto para esses três Fundos é, de certa forma, harmônico, como será visto adiante. Para distingui-los é necessário cotejá-los.

62. Quais as finalidades desses Fundos?:

- a) O FSB – Fundo Soberano do Brasil foi criado com a finalidade²²⁹ de “promover investimentos em ativos no Brasil e no exterior, formar poupança pública, mitigar os efeitos dos ciclos econômicos e fomentar projetos de interesse estratégico do País localizados no exterior”;
- b) O FFIE – Fundo Fiscal de Investimento e Estabilização tem a finalidade²³⁰ de “promover a aplicação em ativos no Brasil e no exterior, com vistas na formação de poupança pública, mitigação dos efeitos dos ciclos econômicos e fomento a projetos de interesse estratégico do País localizados no exterior”; e
- c) O FS – Fundo Social tem por finalidade²³¹ constituir poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União; mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis e constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e

regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento: I – da educação; II – da cultura; III – do esporte; IV – da saúde pública; V – da ciência e tecnologia; VI – do meio ambiente; e VII – de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

A distinção do FS para os dois demais Fundos é nítida, pois terá atuação em áreas específicas e delimitadas no Brasil, enquanto os outros têm escopo voltado para atuação no Brasil e no exterior.

63. Quais as fontes de receita desses Fundos?:

- a) O FSB poderá ter as seguintes fontes:²³² Recursos do Tesouro Nacional, inclusive aqueles decorrentes da emissão de títulos da dívida pública; ações de sociedade de economia mista federal, excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União ou outros direitos com valor patrimonial; resultados de aplicações financeiras à sua conta e títulos da dívida pública mobiliária federal.
- b) O FFIE terá uma única quotista, que é a União, por intermédio do FSB²³³ ou do próprio FS.²³⁴ A integralização de suas quotas será autorizada por decreto do Ministério da Fazenda.²³⁵
- c) O FS terá como receitas: parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao FS pelos contratos de partilha de produção; parcela dos *royalties* que cabem à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, na forma do regulamento; receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em lei; os *royalties* e a participação especial das áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União; os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e outros recursos destinados ao FS por lei.

Aqui se desenham as diferenças e as funções desses Fundos, que, como acima mencionado, têm um desenho de complementaridade. Os três possuem as características de “fundos soberanos”, na classificação utilizada pelo Fundo Monetário Internacional. Segundo essa Instituição, os Fundos Soberanos podem ser classificados em cinco tipos, de acordo com seus objetivos principais:²³⁶

232. Lei 11.887/2008, art. 4.º

233. Lei 11.887/2008, art. 7.º

234. Lei 12.351/2010, art. 55

235. Lei 11.887/2008, art. 7.º, § 2.º

236. Fundo Monetário Internacional, *Sovereign Wealth Funds—A Work Agenda*. 29.02.2008, <<http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2008/022908.pdf>>. “Five types of SWFs can be distinguished based on their main objective: (i) stabilization funds, where the primary objective is to insulate the budget and the economy against commodity (usually oil) price swings; (ii) savings funds for future generations, which aim to convert nonrenewable assets into a more diversified portfolio of assets and mitigate the effects of Dutch disease; (iii) reserve investment corporations, whose assets are often still counted as reserve assets, and are established to increase the return on reserves; (iv) development funds, which typically help fund socio-economic projects or promote industrial policies that might raise a country’s potential output growth; and (v) contingent pension reserve funds, which provide (from
228. Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 312 e ss.

229. Lei 11.887/2008, art. 1.º

230. Lei 11.887/2008, art. 7.º, § 3.º

231. Lei 12.351/2010, arts. 47 e 48.

334 *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*

1. *Fundos de Estabilização*, com a função de proteger a economia e o orçamento público contra a flutuação dos preços internacionais das *commodities*;
2. *Fundos de poupança para as futuras gerações*, que buscam converter receitas oriundas de recursos naturais não renováveis em diferentes tipos de ativos, visando reduzir os efeitos da supervalorização cambial, conhecida como “doença holandesa”;
3. *Fundos ou Sociedades de investimentos*, que visam incrementar os ativos dos países, por meio de novos investimentos;
4. *Fundos de Desenvolvimento*, que são usados para finalidades socioeconômicas ou promover políticas de atração de investimentos e
5. *Fundos de pensão*, para auxiliar no custeio do regime previdenciário, aliviando o orçamento público.

O FSB é, como o nome indica, um Fundo Soberano,²³⁷ que recebe recursos orçamentários, de dívida pública e decorrentes de ações estatais, tais como os dividendos, e que pode ser classificado como um misto de *Fundo de Estabilização* e de *Fundo de Desenvolvimento*.

O FFIE é um fundo composto de recursos de outros Fundos, pois tanto o FSB quanto o FS podem ser seus quotistas, embora o ente controlador de ambos seja a União. Na classificação do FMI, o FFIE tem o perfil de um *Fundo de Investimentos*, visando potencializar suas receitas através de investimentos em países estrangeiros, o qual será “alimentado” por recursos do FSB e do FS.

O FS é um típico Fundo composto por rendas decorrentes da exploração de recursos petrolíferos, ou, na nomenclatura do FMI, um *Fundo de poupança para as futuras gerações*. Para ele converge praticamente toda a receita pública da União com a venda desse patrimônio público. Tem uma política de investimentos que busca a rentabilidade, segurança e liquidez de suas aplicações.²³⁸ Os recursos do FS para aplicação em suas finalidades serão os resultantes de *retorno* sobre o capital, sendo possível o uso do *montante principal*, apenas excepcionalmente, na fase inicial de formação da poupança do Fundo.²³⁹ Haverá um Comitê de Gestão Financeira para definir a política de investimentos do FS, definido por Decreto. E haverá também um Conselho Deliberativo para definir a prioridade e a destinação dos recursos resgatados, visando atingir as finalidades estabelecidas por lei para o FS.²⁴⁰ Ou seja, o Comitê de Gestão

sources other than individual pension contributions) for contingent unspecified pension liabilities on the government's balance sheet.” (p. 5).

237. Para melhor conhecer as características do Fundo Soberano do Brasil, ver Heleno Taveira Torres e Felipe da Cunha Rodrigues, *Fundo Soberano do Brasil e Finanças Públicas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. No mesmo sentido, o artigo de Ana Carla Bliacheriene, Marcos Hime Funari e Renato Jorge Brown Ribeiro, *Natureza Jurídica do Fundo Soberano Brasileiro e do Fundo Fiscal de Investimentos e Estabilização*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico, vol. 1. Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 175-196.

238. Lei 12.351/2010, art. 50.

239. Lei 12.351/2010, art. 51.

240. Lei 12.351/2010, art. 58.

Financeira cuida dos investimentos, que se constituem nas novas receitas do FS, fruto da renda sobre seu patrimônio, e o Conselho Deliberativo cuida da política de gastos, visando à consecução das finalidades estabelecidas.

Estabelece o art. 2.º, III, da Lei 12.858/13, que 50% dos recursos do Fundo Social serão destinados “exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde”, e deverão ser aplicados “em acréscimo ao mínimo obrigatório previsto na Constituição Federal”, na forma do art. 4.º.

Alana Ventura e Janaína Cristina Barbosa da Cunha Lima alertam para o fato de que a lei aprovada dotou a gestão do FS de ampla discricionariedade, e que a gestão dos recursos deve ser acompanhada por amplo controle social, sob pena de má utilização dos recursos, inclusive para o financiamento de “campanhas eleitorais inidôneas, o favorecimento, o clientelismo e a corrupção”.²⁴¹ Giovanni R. Loss, a despeito de aplaudir a criação do FS, registra que foi mantido o princípio da discricionariedade na administração das rendas petrolíferas, portanto, “não é dotado dos instrumentos necessários para combater a maldição do petróleo”.²⁴²

Os três Fundos se caracterizam, portanto, como espécies de *fundos soberanos*, e podem harmonizar sua atividade, a despeito do risco de virem a superpor sua atuação, se não houver efetiva delimitação de objetivos para seu exercício.

64. A síntese das receitas do FS que advêm de *royalties* pode ser vista pelo quadro abaixo:

RECEITAS DE ROYALTIES DO FUNDO SOCIAL DO PRÉ-SAL

	Royalties Terrestres			Royalties Marítimos		
	Partilha 15%	Concessão 5% obrigatório	Concessão entre 5% e 10%	Partilha 15%	Concessão 5% obrigatório	Concessão entre 5% e 10%
Fundo Social da União	15%	Zero	25%	22%	20%	20%

Outras receitas, além das de *royalties* acima indicadas, poderão ser alocadas ao FS pela União. Desde sua criação estão previstas para também compor esse Fundo:

- a) O valor de bônus de assinatura dos contratos de partilha de produção;
- b) A receita decorrente da venda do petróleo de propriedade da União obtida pelo sistema de partilha de produção, que vier a ser comercializada pela PPSA – Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.;

241. Alana Ventura e Janaína Cristina Barbosa da Cunha Lima. *Fundo Social do Pré-Sal & Regulação Social da Indústria do Petróleo no Brasil*. In: Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento – Ensaio Interdisciplinares. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Maria Marconiete Fernandes Pereira (orgs.). São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 213.

242. Giovanni R. Loss, *Dutch Disease e os Fundos Soberanos de Petróleo e Gás*. In: Direito do Petróleo e de outras fontes de energia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 132.

c) E resultados de aplicações financeiras – os quais serão a fonte principal de custeio dos gastos do FS.

3.2 *Por que poupar essas receitas para uso futuro? Uma questão de justiça intergeracional*

65. Já foi mencionado no Capítulo I que os recursos naturais não renováveis são bens que compõem o patrimônio público que, por definição, são esgotáveis, finitos.

Como transformar bens esgotáveis em recurso perenes? Esse é o papel dos Fundos, em especial daqueles que assumem o papel de Fundos de poupança baseados na exploração de recursos naturais não renováveis. Transformar patrimônio finito em renda elástica – eis outra forma de definir o papel desse tipo de fundos. Para Bercovici,

*“a transformação de um recurso não renovável em um recurso renovável se dá pelo investimento, doméstico ou no exterior, das rendas obtidas da extração mineral ou petrolífera de modo a aumentar a capacidade produtiva e elevar os padrões de vida da geração atual, assim como das futuras gerações”.*²⁴³

A grande questão é saber se é melhor explorar o patrimônio hoje ou no futuro, e em que medida esta relação deve ocorrer. No Capítulo I, no tópico intitulado “Petróleo, gás e minério só dão uma safra”, foi descrita a fábula relatada por Rognvaldur Haneson acerca de um pobre fazendeiro irlandês que encontrou turfa em sua propriedade e planejou sua exploração de forma racional, com nítida preocupação de que seus descendentes pudessem usufruir dessa riqueza. Ocorre que o preço da turfa desabou e seus descendentes o amaldiçoaram por não ter transformado desde logo aquele patrimônio em renda.²⁴⁴

Harold Hotelling, economista norte americano, publicou um artigo em 1931²⁴⁵ analisando exatamente essa variável: qual é o custo de oportunidade de extrair o recurso mineral hoje, em detrimento da disponibilidade para gerações futuras. Essa análise ficou conhecida por *Renda de Hotelling*. Analisa o autor que deve ser feita uma correlação entre custo de oportunidade temporal (a extração de um recurso não renovável hoje acarreta um custo de extraí-lo no futuro) e seu custo de uso (que é uma renda que compensa o proprietário do recurso pela redução no seu valor devido à extração). O preço do bem, portanto, deveria ser determinado por essas variáveis.

Ocorre que Hotelling, como economista que foi, analisou a formação do preço do bem sob uma ótica econômica, não tratando de outros aspectos, tais como o da *justiça intergeracional*, que foi tratado por outro norte-americano, o filósofo político John Rawls.

Para Rawls, um sistema econômico não é apenas um dispositivo institucional para satisfazer desejos e necessidades existentes, mas um modo de criar e modelar necessidades futuras.²⁴⁶ Diz o filósofo:

“Cada geração deve não apenas preservar os ganhos de cultura e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real. Essa poupança pode assumir várias formas, que vão do investimento líquido em maquinário e outros meios de produção ao investimento na escolarização e na educação”.²⁴⁷

Por certo Rawls não pensava especificamente na exploração de recursos naturais não renováveis – embora eles estejam inseridos no conceito de “outros meios de produção” –, mas nas vantagens civilizatórias existentes na sociedade, que poderiam ser transferidas e acumuladas de uma para outra geração. Aplicado esse conceito aos recursos naturais não renováveis, a necessidade desse “trade off”, dessa *troca intergeracional*, se torna ainda mais necessária e incisiva.

Como as gerações se sucedem no tempo de maneira unidirecional, por qual motivo os contemporâneos deverão poupar para as gerações futuras? Por que não usam ou dissipam tudo na sua (atual, presente) geração? Para comprovar a existência dessa preocupação intergeracional, devem-se pressupor dois aspectos:²⁴⁸

1. As partes interessadas (as pessoas em sociedade) representam linhagens familiares, assim, as famílias presentes normalmente se preocupam (pelo menos) com seus descendentes mais próximos;
2. O sistema de poupança que vier a ser desenvolvido deve ser aplicado de tal forma que a atual geração desejaria que a geração predecessora o tivesse seguido.

Nesse caso, as trocas econômicas serão *virtuais*, ou seja, “ajustes compensatórios que podem ser feitos na posição original quando se adota um princípio justo de poupança.”

66. Mas, quanto deve ser poupado pela geração atual para que essas *trocas intergeracionais* ocorram de forma justa?

Esse valor é variável de acordo com o desenvolvimento de cada pessoa ou sociedade. “Quando as pessoas são pobres e poupar é difícil, deve-se exigir uma taxa mais baixa; ao passo que, em uma sociedade mais rica, maiores poupanças devem ser racionalmente esperadas, já que o ônus real da poupança é menor”.²⁴⁹

Observe-se que o raciocínio de Rawls parte de uma “lógica individual” (pessoas pobres, difícil poupança) para uma “lógica social” (sociedade rica, maior poupança). Se aplicarmos esse raciocínio para a *poupança pública*, o uso dos recursos naturais não renováveis potencializa as possibilidades, pois o esforço sai de uma fonte de receita tributária para uma fonte *patrimonial*, que, em um *sentido não jurídico*, pertence a todos

243. Gilberto Bercovici, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 346.

244. *Investing for Sustainability: the management of mineral wealth*, Norwell: Kluwer, 2001, p. 2.

245. Harold Hotelling, *The economics of exhaustible resources*, *Journal of Political Economy*, 1931.

246. John Rawls, *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 286.

247. John Rawls, *Uma teoria ...*, p. 315.

248. John Rawls, *Uma teoria ...*, p. 318.

249. John Rawls, *Uma teoria ... cit.*, p. 319.

os habitantes de um país. Maior poupança pública não implicará necessariamente maior carga tributária atual, pois poderá ser realizada por fundos formados a partir da receita advinda da exploração de recursos naturais não renováveis – além de outras fontes eventuais.

No caso brasileiro, o Fundo Social do pré-sal é a primeira iniciativa de poupança pública com receita de recursos naturais não renováveis implementada no país – considerando-se que há décadas tais receitas são arrecadadas e transferidas para os entes subnacionais, sem que nenhum tenha adotado uma política semelhante – tal como feito nos Estados Unidos pelo Estado do Alasca²⁵⁰ – trata-se de uma iniciativa que parte de uma concepção de justiça intergeracional, digna de registro. Se dará certo ou não, se sua gestão será proba ou corrupta, é outra questão que só o tempo dirá. A ideia e a iniciativa são meritórias. Claro que este tipo de Fundo não é uma panaceia e seu uso de forma discricionária, sem um planejamento específico, tende a fazer dissipar os recursos de forma muito rápida.²⁵¹

É impossível ser específico acerca dos percentuais de poupança – prossegue Rawls –, embora se possa partir de algumas cogitações, tais como perguntar aos membros da atual geração o que se deve esperar das futuras gerações a cada nível de desenvolvimento. Nesse sentido,

“imaginando-se no papel de pais, devem definir o quanto deveriam poupar para seus filhos e netos, com referência ao que se acreditam no direito de reivindicar de seus pais e avós. Quando atingirem o que pareça justo da perspectiva dos dois lados, e que inclua uma margem para melhorias circunstanciais, então a taxa justa (ou o limite de variação de taxas justas) para esse estágio está especificada”.²⁵²

Esse processo de acumulação de capital inicial, uma vez iniciado e prosseguido, traz benefícios sociais para todas as gerações, excetuada a primeira. A regulação da taxa de poupança de cada geração é uma questão a ser definida da forma acima especificada.

67. Mas, poupar para quê? É Rawls quem dá a resposta:

“A justiça não exige que as gerações anteriores economizem para que as posteriores sejam meramente ricas. A poupança é exigida como uma condição para que se promova a plena realização das instituições justas e das liberdades iguais. Se um acúmulo adicional deve ser feito, isso se dá por outros motivos. É um erro acreditar que uma sociedade boa e justa deve aguardar a vinda de um alto padrão de vida material”.²⁵³

250. Para análise comparada dos fundos estaduais de recursos naturais norte americanos ver Peter Mieszkowski e Ronald Soligo, *United States*, in: Georg Anderson (org.), *Oil & Gas in Federal Systems*. Forum of Federations, Ontario: Oxford University Press, 2012.

251. Nesse sentido, ver Macartan Humphreys e Martin E. Sandbu, *The Political Economy of Natural Resource Funds*, in: Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz (Orgs.), *Escaping the Resource Curse*, Macartan Humphreys, New York: Columbia University Press, 2007, p. 225.

252. John Rawls, *Uma teoria ... cit.*, p. 320.

253. John Rawls, *Uma teoria ... cit.*, p. 322.

Esta é também a opinião de Jeffrey Sachs,²⁵⁴ para quem faz muito mais sentido, nos países pobres, transformar rapidamente os rendimentos dos fundos de recursos naturais em investimentos físicos e capital humano.²⁵⁵ Indica ainda que, em alguns casos, e com bastante prudência, pode-se até mesmo obter empréstimos contra os rendimentos futuros desse Fundo para realizar este tipo de investimentos, não perdendo de vista a cautela que deve haver em face da volatilidade dos mercados e do preço dessas *commodities*. Para os países ricos em petróleo, tal como a Noruega, em que estes investimentos físicos e o capital humano já estão em níveis elevados, Sachs²⁵⁶ recomenda que estes recursos do Fundo sejam aplicados de modo a cobrir o custo do sistema público de pensões.²⁵⁷

Adota-se aqui a ideia de liberdade a partir de instituições que possam servir para que as capacidades das pessoas sejam exercitadas em sua plenitude.²⁵⁸ Não se deve usar a poupança pública que vier a ser feita através de fundos de recursos naturais não renováveis visando enriquecer as futuras gerações, mas para fortalecer as instituições que permitam exercer a liberdade com maior igualdade – sem que esses valores sejam capturados por interesses corporativos dessas instituições. Em primeiro lugar, deve vir a pessoa humana, e o direito financeiro tem importante papel a desempenhar na análise e implementação desses direitos, seja para a presente, seja para as futuras gerações.

3.3 E a maldição dos recursos naturais?

68. Quem já sonhou em ganhar na loteria ou encontrar um tesouro no fundo do quintal certamente entende que essa montanha de dinheiro lhe será francamente favorável. Curiosamente esse preceito não é verdadeiro no caso de muitos países que têm um tesouro em recursos naturais não renováveis em seu território.²⁵⁹ A imagem de um lugar muito rico, onde ninguém trabalha, não paga tributos e o Estado a tudo

254. John Rawls, *Uma teoria ... cit.*, p. 322.

255. Nesse sentido, registre-se que o Poder Executivo encaminhou no dia 02.05.2013 o Projeto de Lei 5.500/2013 ao Congresso Nacional no qual, dentre outras disposições, estabelece que 50% dos rendimentos do Fundo Social sejam destinados prioritariamente a gastos em educação, e que foi transformada na Lei 12.858/13.

256. Jeffrey Sachs, *How to Handle ... cit.*, p. 189.

257. É curioso notar que o Estado do Rio de Janeiro usou grande parte dos recursos dos *royalties*, que lhe cabiam por rateio pela lei revogada, nesse tipo de gasto público, conforme consta da petição inicial da ADIn 4917.

258. Aqui retorna-se ao debate apontado no Capítulo I, tópico “sobre o conceito de Estado patrimonial e de Estado fiscal”, quando se tratou do conceito de liberdade em Amartya Sen, na obra *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

259. Essa correlação foi exposta por Michael L. Ross no primeiro parágrafo do prefácio de sua obra *The Oil Curse – How petroleum wealth shapes the development of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2012, página XIII, apenas o fez de forma preconceituosa, pois menciona apenas os países em desenvolvimento como passíveis de sofrer esse tipo de “maldição de recursos naturais”. É conferir: “Anyone who has dreamed of winning the lottery or finding buried treasure assumes that a large cash windfall will make them better off. But for many developing countries, finding valuable mineral resources can have strange and sometimes politically harmful consequences.” Aliás, todo o texto segue esse mesmo parâmetro de visão, prenhe de preconceitos.

340 *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*

provê um estereótipo que não condiz com a realidade encontrada nos países ricos em recursos naturais não renováveis – talvez para algumas famílias desses países, mas certamente não para a população em geral, conforme expõe Geoffrey Heal.²⁶⁰

Que tipo de problemas podem ocorrer? Vários deles são relatados por Macartan Humphreys, Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz,²⁶¹ podendo alguns deles ser desta forma expostos:

1. *Assimetria de conhecimentos*: Muitas vezes o comprador dos recursos naturais – corporações internacionais, com vasta expertise nesse assunto – conhecem mais e melhor o mercado que o vendedor, os Estados nacionais ou as empresas estatais associadas. Isso coloca o vendedor em posição estratégica desfavorável nas negociações e pode ocasionar problemas ao longo do período de exploração desses recursos;
2. *Doença holandesa*: denomina-se dessa forma em face da experiência vivenciada nesse país quando da descoberta de petróleo no Mar do Norte, nos anos 70. Com a internalização da riqueza obtida, os preços internos aumentaram consideravelmente, acarretando sobrevalorização da moeda (apreciação cambial) e aumento do custo de produção de outros bens. Dessa forma, tornou-se mais barato importar bens produzidos no exterior do que fazê-lo internamente. Isso gerou desindustrialização e desemprego na Holanda, por ser mais barato importar do que produzir. A tal processo denomina-se *doença holandesa*, embora não tenha sido a primeira vez que tal fato tenha ocorrido no mundo – o ouro e a prata levados da América Latina para Portugal e Espanha, durante o século XVI gerou problema semelhante para esses países.²⁶² Isso desemboca na deterioração dos termos de troca internacionais e gera maior dependência externa.
3. *Volatilidades*: Quanto maior a dependência do país em relação às receitas da exploração de recursos naturais não renováveis, tanto maior a possibilidade de existirem problemas em face de três diferentes tipos de volatilidades: a) de preços no mercado internacional; b) de pagamento, por parte das corporações que exploram esses recursos; e c) do ritmo de exploração desses recursos. Tais volatilidades trazem grande impacto nas finanças dos países fortemente dependentes da receita desses recursos.
4. *Desperdício de capital*: Gastar os recursos naturais não renováveis, justamente por causa de sua finitude, implica queima de capital por parte dos Estados, o que afeta diretamente o bem estar da sociedade. Por tal motivo, boa gover-

nança das finanças decorrentes da venda desses recursos é extremamente importante.

5. *Staple trap*, na qual se verifica que a atividade primária não cria demanda interna suficiente para dinamizar a economia, gerando uma ilha (*cluster*) econômica dentro do país.
6. *Corrupção*: Em muitos países aqueles que controlam esses ativos se utilizam dessas riquezas para se perpetuar no poder, seja gastando tais fundos em campanhas políticas, seja criando milícias para proteção pessoal e intimidação de eventuais divergências políticas. Os autores relatam que o presidente da Nigéria, Sani Abacha, foi responsável pelo roubo de mais de 3 bilhões de dólares daquele país.²⁶³

Macartan Humphreys, Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz também desenvolveram uma lista de recomendações que podem evitar os problemas acima descritos.²⁶⁴

Existem experiências bem sucedidas nesse campo, tais como a da Noruega, que mesmo sendo fortemente dependente da exploração e exportação de petróleo, conseguiu manter sua população com um padrão de vida dos mais elevados do mundo. No mesmo sentido, Dubai, um dos Emirados Árabes Unidos, vem conseguindo transformar sua base econômica, de plena dependência de produção e exportação de petróleo diversificando para o turismo e outros serviços (financeiros e aeroportuários).²⁶⁵

O fato é que a lista de problemas e de propostas de soluções pode ser aumentada enormemente. Problemas decorrentes da má gestão dos recursos naturais não renováveis são imensos, e só podem ser reduzidos com maior transparência, empresarial e governamental,²⁶⁶ e maior participação da sociedade em sua solução. Onde a sociedade não for envolvida, os problemas tendem a aumentar. A adoção de instituições democráticas e de um princípio republicano, no qual seja compreendido que esses bens são de toda a sociedade e não de grupos encastelados no poder, fazem parte da solução necessária para os problemas apontados.

Adotando a síntese exposta por Terry Lynn Karl,²⁶⁷ “a maldição dos recursos naturais é fundamentalmente um problema político sobre eficiência, transparência, e justa distribuição de custos e benefícios do bem natural mais valioso do mundo”, referindo-se ele ao petróleo.

263. Macartan Humphreys, Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz, *What is the problem...* cit., p. 11.

264. Macartan Humphreys, Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz, *Future directions for the management of natural resources*, in: Macartan Humphreys; Jeffrey Sachs; Joseph Stiglitz (Orgs.), *Escaping the Resource Curse*, New York: Columbia University Press, 2007, p. 322-334.

265. Nesse sentido, ver *From Perls to Oil – How the oil industries came to United Arab Emirates*, David Heard, Dubai: Motivate Publishing, 2011, e também Thiago Periard; Luciano Losekann, *Petróleo, Doença holandesa e dependência da renda petrolífera*, In: Frédéric Monié; Jacob Binszok (Orgs.), *Geografia e geopolítica do petróleo*, Rio de Janeiro, Mauad, 2012, p. 137.

266. Ver, no Capítulo III, o tópico denominado “As iniciativas internacionais de transparência”.

267. Terry Lynn Karl, *Ensuring Fairness – The Case for a Transparent Fiscal Social Contract*, in: Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz (Orgs.), *Escaping the Resource Curse*, Macartan Humphreys, New York: Columbia University Press, 2007, p. 277.

260. Geoffrey Heal, *Are Oil Producers Rich?*, in: Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz (Orgs.), *Escaping the Resource Curse*, Macartan Humphreys, New York: Columbia University Press, 2007, p. 155 e ss.

261. Macartan Humphreys, Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz, *What is the problem with natural resource wealth?* In: *Escaping the Resource Curse*, Macartan Humphreys, Jeffrey Sachs e Joseph Stiglitz (Orgs.), New York: Columbia University Press, 2007, p. 4 e ss.

262. Breve nota sobre isso pode ser encontrada no Capítulo I, no tópico “Baixa arrecadação; enorme importância estratégica”.

A máxima de que, o que é de todos a todos interessa, é de observação compulsória para o encaminhamento de soluções para esses problemas.²⁶⁸

4. SÍNTESE DAS PRINCIPAIS IDEIAS DESTE CAPÍTULO

1) O federalismo fiscal é um sistema que permite o rateio espacial de maneira horizontal e vertical das receitas, de forma geograficamente considerada. Existe ainda outra forma de partilha de receitas, que é a temporal, projetando seu uso de forma intergeracional, usualmente implementada através do sistema de Fundos. A partilha espacial das receitas permite que a fiscalização sobre as incidências se dê de forma compartilhada, na medida em que houver lei complementar que o permita, consoante estabelece o parágrafo único do art. 23, da Constituição. Muitas vezes as normas que veiculam os critérios horizontais de rateio espacial também contém vinculações a órgãos do mesmo nível federativo, o que tem diferente natureza jurídica.

2) Existem diversas normas infraconstitucionais estabelecendo rateio federativo diferenciado para cada tipo de royalty. O rateio dos royalties do petróleo (royalties e participações especiais) foi objeto de intrincado processo legislativo, que, uma vez finalizado, foi objeto de diversas ADIns que se encontram em debate no STF, tendo sido concedida liminar suspendendo os efeitos distributivos da nova norma. Os principais argumentos em debate são: (a) As receitas de royalties são receitas originárias dos Estados e Municípios; (b) Os royalties tem relação com o meio ambiente e se caracterizam como indenização ou compensação por prejuízos; (c) Há direito adquirido ao critério revogado de rateio; (d) Modificação no critério de rateio se caracteriza como uma cláusula pétrea federativa; (e) A alteração efetuada se caracteriza como uma quebra de segurança jurídica e violação da confiança recíproca federativa; (f) A norma do art. 20, § 1.º, CF/1988 prevê rateio diferenciado entre os entes federados.

3) Um dos principais pontos a serem analisados no debate judicial diz respeito à cláusula pétrea do federalismo. O rateio de receita pública entre os entes federados, objeto do federalismo fiscal, tal como estabelecido na redação original da Constituição, se caracteriza como uma cláusula pétrea? Qual limite o STF dará a este entendimento? Existem outras situações em que a equação financeira original foi modificada, mas os entes federados que foram prejudicados não judicializaram o debate. Em dois julgamentos anteriores o STF adotou o entendimento da *mens legislatoris* para dirimir o conflito então apresentado, validando o acordo político realizado na época dos debates constituintes de 1988, mas estes casos não se referiam a questões centrais do sistema de federalismo fiscal, tal como a que ora se coloca para julgamento. Entende-se, contudo, que a alteração proposta não é tendente a abolir a federação brasileira. O processo judicial acerca do rateio dos royalties petrolíferos ainda aguarda julgamento.

4) Alternativa de âmbito legislativo para melhor solucionar os conflitos interfederativos ora encontrados no Brasil é a adoção de um modelo de fundos de equalização, onde as receitas transferidas possam ser distribuídas de modo mais justo e equilibrado entre os entes federados, para o cumprimento de metas socioeconômicas previamente-

te estabelecidas. A adoção desse sistema seria uma via de equalizar a receita pública transferida e reduzir as desigualdades sociais e regionais, implementando o preceito do art. 3.º, III, da CF. Criar vinculações para o uso da receita de royalties é necessário, porém trata-se de medida meramente mitigatória dos efeitos perversos da distribuição irregular dos recursos, fruto da rigidez locacional dos recursos naturais não renováveis no território nacional.

5) Políticas de implementação de justiça intergeracional, a despeito de não tratarem de federalismo fiscal, são de extrema relevância e o Fundo Social do Pré-Sal é uma importante iniciativa nesse sentido que se espera seja concretizada em sua implantação.

268. John Rawls, *Uma teoria ... cit.*, p. 321.