

No Capítulo III será apresentada a legislação infraconstitucional que estabelece as regras para a incidência dos royalties minerários, hidrelétricos e petrolíferos, o debate jurisprudencial acerca da matéria e a análise do direito estrangeiro, por meio do qual será possível verificar as diversas formas pelas quais este assunto vem sendo tratado em diferentes países.

No último Capítulo será analisada a forma de rateio federativo dessas receitas, com ênfase na questão petrolífera que se encontra em acirrado debate no Supremo Tribunal Federal, por meio de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade de natureza interfederativa. Embora o foco deste trabalho, nesse tópico, seja o rateio espacial dessas receitas – que se configura no federalismo fiscal –, breve análise será realizada sobre o rateio temporal dessas receitas, pela utilização do Fundo Social do Pré-Sal, que foi criado com nítido caráter de implementação de justiça intergeracional.

Por fim, nas Conclusões, será respondida a questão supra-apontada com base nas informações apresentadas ao longo do estudo. Não será feito um resumo, mas ofertadas respostas ao questionamento acima delineado.

## Capítulo I

# Receitas Patrimoniais sobre Recursos Naturais não Renováveis

SUMÁRIO: 1. Sobre os conceitos de Estado patrimonial e de Estado fiscal – 2. Que tipo de bens públicos são os RNNR – Recursos Naturais Não Renováveis?: 2.1 O que são Recursos Naturais não Renováveis – RNNR?: 2.1.1 A equiparação constitucional dos potenciais de energia hidrelétrica; 2.1.2 Petróleo, gás e minério só dão uma safra; 2.1.3 Distribuição assimétrica e rigidez locacional; 2.1.4 A rigidez locacional e a distribuição federativa dos RNNR; 2.1.5 Rigidez locacional e o paradoxo econômico de desenvolvimento – incentivos fiscais e disputa pelos investimentos; 2.1.6 A armadilha da rigidez locacional; 2.2 Que tipo de bens públicos são os Recursos Naturais Não Renováveis?: 2.2.1 A Emenda Constitucional 9/1995 e o debate na ADI 3.273, rel. Min. Eros Grau – 3. Receitas patrimoniais sobre os Recursos Naturais Não Renováveis: 3.1 Patrimônio versus receita dos Recursos Naturais Não Renováveis; 3.2 Classificação das receitas públicas: 3.2.1 Esboço de classificação financeira das receitas oriundas dos recursos naturais não renováveis; 3.2.2 A classificação normativa das Receitas Patrimoniais decorrentes da exploração de Recursos Naturais Não Renováveis; 3.2.3 Dimensionando valores em concreto; 3.3 Baixa arrecadação; enorme importância estratégica – 4. Síntese das principais ideias deste capítulo.

### 1. SOBRE OS CONCEITOS DE ESTADO PATRIMONIAL E DE ESTADO FISCAL

01. Existem Estados<sup>1</sup> em que as receitas públicas advêm predominantemente da exploração de seus próprios bens e serviços – conceitos usualmente reunidos sob

1. Sobre o conceito de Estado ver, dentre vasta bibliografia específica a respeito, Dalmo Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998; Hermann Heller, *Teoria do Estado*, São Paulo: Mestre Jou, 1968; Georg Jelinek, *Teoria general del Estado*, tradução da 2. ed. alemã realizada por Fernando de los Rios Urrutí, Granada, 2000, p. 282 e ss.; Gilberto Bercovici, *Constituição e Estado de exceção permanente*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004; Paolo Caretti, *Stato, regioni, enti locali – Tra innovazione e continuità*, Torino, G. Giappichelli Editore; Sebastião Boto de Barros Tojal, *Teoria geral do Estado*, Rio de Janeiro, Forense, 1997; Michel Troper, *Por uma teoria jurídica del Estado*, Dykinson, 2001. Ver também Fernando Facury Scaff, *Responsabilidade civil do estado intervencionista*, 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23 e ss. Interessante a percepção de Ivo Dantas, para quem “A globalização não irá extinguir a soberania nacional e apagar o Estado do mapa-mundi, pois ele continuará existindo com funções importantes, incluindo o exercício da soberania territorial. E o processo de globalização pode mesmo fortalecer a soberania estatal, incentivando outras formas de atuação do Estado: o Estado-regulamentador, o Estado-mediador

o nome de *patrimônio* – e outros em que essa arrecadação é fortemente centrada na imposição de tributos, para o que é suficiente o manejo de seu poder de império. Esse duplice perfil da natureza do vínculo que origina as receitas públicas é importante para diferenciar os tipos de Estado entre Patrimoniais e Fiscais, sob a ótica econômico-financeira. Obviamente que não existem *tipos puros* de Estado e esses conceitos devem ser considerados sempre acompanhados do advérbio de modo *predominantemente* em seu uso. Assim, há *Estados predominantemente Fiscais* da mesma maneira que há *Estados predominantemente Patrimoniais*. A compreensão desses conceitos de Estado deve ser assim considerada para os fins deste trabalho.

Conceitua-se Estado Patrimonial aquele em que as receitas públicas são predominantemente extraídas da exploração de seu patrimônio, considerado para tanto o da extração mineral, da agricultura, da indústria, do comércio ou dos serviços, o que corresponde aos três setores econômicos básicos da atividade econômica: primário, secundário e terciário. Portanto, as receitas advêm da exploração das próprias riquezas do Estado – em suma, de seu *patrimônio*. Consoante Alberto Deodato, “esses bens que eram, antigamente, de propriedade do príncipe, constituíram, durante muito tempo, a principal fonte de receita dos orçamentos”.<sup>2</sup>

O Estado Fiscal, por outro lado, tem suas receitas públicas advindas predominantemente dos tributos, que correspondem à imposição de arrecadação de valores, fruto do exercício do poder de império que possui. Pode-se dizer que tal poder de império decorre do exercício da soberania, um dos requisitos básicos para a formação do Estado Moderno e que perdura, mitigada,<sup>3</sup> até os dias atuais. Tal poder de império é limitado pelas normas vigentes, que estabelecem direitos e deveres recíprocos entre o Estado e aqueles que contribuem para sua manutenção.<sup>4</sup> Esse é o modelo adotado na maior parte dos Estados nos dias atuais.

02. Ricardo Lobo Torres faz uma distinção, classificando quatro diferentes tipos de *Estado Financeiro*, entendido como aquele que exerce as atividades relacionadas às finanças públicas:<sup>5</sup>

- a) *Estado Patrimonial*, que vive precipuamente das rendas provenientes do patrimônio do príncipe, cuja arrecadação fiscal é periférica, centrada nos senhores feudais e na Igreja, e que existiu até o final dos séculos XVII e início do século XVIII;
- b) *Estado de Polícia*, que corresponde à fase do absolutismo esclarecido, onde as receitas tributárias tomam maior vulto, centradas na pessoa do príncipe, e que existiu no século XVIII;

etc.” (*Direito constitucional econômico – Globalização e constitucionalismo*, Curitiba: Juruá, 1999, p. 127).

2. Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 35.

3. Fernando Facury Scaff, *O direito tributário das gerações futuras*, in: Ives Gandra da Silva Martins, *Tributação na Internet*, São Paulo: Ed. RT, 2001 (Pesquisas Tributárias: nova série n. 7).

4. Não é o caso de usar a expressão *cidadãos*, pois mesmo quem sequer é residente naquele Estado pode vir a ser compelido a pagar tributos.

5. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 1.

- c) *Estado Fiscal*, que subsiste das receitas oriundas do patrimônio dos cidadãos, que corresponde à época do liberalismo e do capitalismo; e
- d) *Estado Socialista*, que vive da exploração do patrimônio público, pois praticamente não existe patrimônio privado.

Segue o referido autor mencionando que é inútil procurar a figura do *tributo* antes do Estado Moderno, eis que ele surge “com a paulatina substituição da relação de vassalagem do feudalismo pelos vínculos do Estado Patrimonial com suas incipientes formas de receita fiscal protegidas pelas primeiras declarações de direitos”.<sup>6</sup>

A classificação utilizada por Ricardo Lobo Torres é bastante instigante, porém apresenta algumas dificuldades de análise ao misturar elementos históricos (Estado Patrimonial e Estado de Polícia) com elementos econômicos (Estado Fiscal – conceituado a partir de sistemas econômicos, o liberalismo e o capitalismo –, e o Estado Socialista, igualmente focado em outro sistema econômico). A despeito da excelência da classificação efetuada – e tomando por base a frase lapidar de Genaro Carrió, para quem as classificações não são certas ou erradas, mas úteis ou inúteis<sup>7</sup> –, preferiu-se adotar outro critério de discrimen para fins desta exposição, baseado na natureza do vínculo que origina a *receita pública*.

Assim, para os fins desta exposição, mencionar-se-á a existência dos seguintes tipos de Estado, sob o critério da natureza do vínculo que origina a *receita pública*:

- a) Quando a natureza do vínculo que origina a receita pública for predominantemente decorrente da imposição fiscal, fruto do exercício do poder de império do Estado sobre os administrados, estar-se-á diante de um *Estado Fiscal*. Nesse caso, os bens pertencem ao setor privado da sociedade, que os explora livremente, deixando uma parcela do resultado de sua atividade econômica para o Estado, sob a forma de tributo, o qual se sustenta predominantemente dessa fonte de receita.
- b) Quando a natureza do vínculo que origina a receita for predominantemente decorrente da exploração de bens e serviços, cuja propriedade é do Estado, se estará diante de um *Estado Patrimonial*. Nesse caso, os bens são de titularidade pública, podendo ser explorados pelo setor privado da sociedade, que deverá pagar ao Estado por isso, sendo essa a fonte predominante de receita pública. O Estado poderá também explorar diretamente esses bens de sua titularidade, gerando igualmente receitas patrimoniais, e não fiscais.

Por isso, para os fins deste trabalho, descarta-se da exposição de Lobo Torres dois daqueles conceitos: o de *Estado de Polícia* e o de *Estado Socialista*. O primeiro por ser uma classificação “em trânsito”, como exposto pelo referido autor, caracteriza-se como uma fase em que as receitas fiscais tomam “maior vulto”, mas ainda não predominam como fonte de recursos públicos. E o segundo por ser apenas um típico Estado Patrimonial, pois as receitas adviriam integralmente da exploração do patrimônio público. Casalta Nabais também afasta dos Estados Socialistas do conceito de Estados Fiscais,

6. *A ideia de liberdade...* cit., p. 2.

7. Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y linguagem*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 100.

pois, “enquanto *productive states*, a sua base financeira assenta essencialmente nos rendimentos da atividade econômica produtiva por eles monopolizada ou hegemônica, e não em impostos lançados sobre seus cidadãos, impostos esses a que assim falta o próprio pressuposto econômico”.<sup>8</sup>

Essa análise foi retomada posteriormente por Ricardo Lobo Torres,<sup>9</sup> com novas tipologias de Estados, como o Estado Social Fiscal e o Estado Social de Direito. O cerne do debate, porém, permanece. À pergunta autoformulada, de saber se “o Estado Social é figura constituída pelas Constituições modernas”, ele responde: “Qualquer que seja a resposta oferecida ao problema da constitucionalização do Estado Social, é importante considerar que inexiste diferença substancial entre ele e o Estado de Direito”, embora, citando Konrad Hesse, menciona que as mudanças concernem “tão somente ao conteúdo ou às tarefas do Estado”.<sup>10</sup>

03. À primeira vista pode parecer que a distinção entre esses dois conceitos tenha um perfil histórico, tendo existido uma fase em que os Estados eram Patrimoniais e que evoluíram, tornando-se Fiscais. Ocorre que as linhas pelas quais transita a história não são unidimensionais, o que afasta a noção de determinismo histórico preconizada por Marx,<sup>11</sup> e a exata identificação entre Estado Liberal e Estado Fiscal, preconizada por Joseph Schumpeter,<sup>12</sup> ao defender que todas as sociedades têm que passar pelos mesmos estágios nessa transição.<sup>13</sup> Schumpeter escreveu seu texto em 1919, logo após o final da 1.ª Grande Guerra, motivo pelo qual ainda não existia o Estado Social, fenômeno que se consolidou após essa época. Casalta Nabais contrapõe-se à retórica schumpeteriana, argumentando que “não se deve identificar o estado fiscal como o estado liberal, uma vez que aquele, no entendimento que dele temos, conheceu duas modalidades ou dois tipos ao longo de sua evolução: o estado fiscal liberal, movido pela preocupação da neutralidade econômica e social, e o estado fiscal social economicamente interventor e socialmente conformador”.<sup>14</sup>

Em obra coordenada por Bartolomé Yun-Casalilla, Patrick K. O'Brien e Francisco Comín Comín, denominada *The rise of fiscal states – A global history, 1500-1914*,<sup>15</sup> o

8. José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 193.

9. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*, vol. 1 – *Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, em especial o Título III, que trata do Estado Fiscal, p. 519 e ss.

10. *Tratado de direito constitucional...* cit., vol. 1, p. 533-534.

11. Para melhor compreensão do conceito, sugere-se a leitura do texto *Materialismo histórico e determinismo: revisitando uma polémica*, de José Di Assunção Barros, publicada na *Revista Crítica e Sociedade: Revista de Cultura Política*, vol. 1, n. 1, 2011, disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/article/view/11467/7721>>, acesso em: 15.02.2013.

12. *The crisis of the fiscal states*, in: *The economics and the sociology of capitalism*, Richard Swedberg e Joseph Schumpeter, New Jersey: Princeton University Press, 1991.

13. “The tax is not merely a surface phenomenon, it is an expression of this development which it summarizes in a particular direction. Taxes not only help to create the state. They helped to form it”. *The crisis of the fiscal states cit.*, 108.

14. José Casalta Nabais, *O dever fundamental...* cit., p. 194.

15. New York: Cambridge University Press, 2012.

foco é a contestação das afirmações schumpeterianas,<sup>16</sup> com análises da evolução de diversos Estados europeus e asiáticos, em que ficou demonstrada a inexistência de uma linha mestra unidirecional orientada na transição entre esses dois tipos ideais de Estado. As ideias apresentadas naquela obra demonstram, segundo seus coordenadores, a existência das seguintes características nessa trajetória histórica:

- 1) A centralização política acompanhou a formação dos Estados Fiscais, sendo um verdadeiro *sine qua non* para sua construção, apresentando-se, dessa forma, tanto na formação dos Estados absolutistas, como França, Rússia ou Prússia, quanto nos “republicanos”, como Holanda ou Grã-Bretanha, ou ainda em cidades-estados, como Veneza ou Gênova.<sup>17</sup> Essa centralização, segundo os coordenadores, não era autoritária, mas negociada.<sup>18</sup>
- 2) As guerras e seus efeitos na Europa e na Ásia. As análises demonstraram que um dos principais indicadores para o surgimento e fortalecimento dos Estados Fiscais foram as guerras entre as nações. Não que a guerra fosse um requisito necessário para o desenvolvimento desses Estados – nem todas as guerras produziram isso. Grandes avanços, porém, ocorreram nessa etapa, em face de seus efeitos durante os períodos de paz, como os registrados no século XIX na Europa. Tudo indica que a formação desses Estados tem muito mais a ver com a necessidade de garantia da ordem e a defesa dos direitos de propriedade internos do que com conflitos entre os países.<sup>19</sup>
- 3) Existem diferentes caminhos para o surgimento dos Estados Fiscais. Contrariamente ao que alegava Schumpeter, existiram diferentes fases em cada Estado que determinaram seu surgimento. A passagem de um Estado Patrimonial para um Estado Fiscal depende muito mais dos modelos legais existentes em cada região do que de um modelo pré-estabelecido.<sup>20</sup>

16. *The crisis of the fiscal states cit.*, p. 2: “Several stages can be distinguished in the process identified by Schumpeter. First, the king had to tax the wealth and incomes of those who controlled the kingdom’s resources. Second, taxes were assessed and collected by kings who came to represent States: ‘L’état c’est moi’. This implied the dissolution of feudal communities and the emergence of individuals as key nodes in the relationship between state and society. The final step, democracy, placed control of fiscal systems with the people”. Em tradução deste autor: “Várias etapas podem ser separadas no processo identificado por Schumpeter. Primeiro, o rei teve de tributar a prosperidade e os rendimentos daqueles que controlaram os recursos do reino. Em segundo lugar, os impostos foram instituídos e coletados por reis que representavam os Estados: ‘L’état c’est moi’. Isso implicou a dissolução das comunidades feudais e a predominância de indivíduos como interlocutores privilegiados na relação entre Estado e sociedade. O passo final, a democracia, foi baseado no controle dos sistemas fiscais pelo povo.

17. *The rise of fiscal states...* cit., p. 14-15.

18. *The rise of fiscal states...* cit., p. 15: “There was, however, no centralizations without negotiation, and it is myopic to think that those polities that did not fit English and Dutch models were simply arbitrary, autocratic and predatory”.

19. *The rise of fiscal states...* cit., p. 16-17.

20. *The rise of fiscal states...* cit., p. 17: “The passage from a domain state to a fiscal state depended a lot on the legal constitution of each area, and no type of path dependency marks models for the transition between them”.

4) O problema do acesso às informações. A história demonstra que o sistema de tributação e rateio da arrecadação requer informações sobre diferentes áreas geográficas, sua população e riquezas naturais. Seus sistemas de governo entre outros fatores são aspectos de relevo para que haja uma efetiva e prolífica negociação visando à centralização fiscal necessária para a implantação de um Estado com essa característica.<sup>21</sup>

A França, por exemplo, ao final do século XVIII, era um dos países europeus com maior população de contribuintes, o que lhe permitia ter o maior exército do continente e uma das melhores frotas. Tratava-se, desde aquela época, de um Estado com grande território, relativamente unificado e com uma dinastia estável. Em contrapartida, tinha a mais ampla gama de isenções e subvenções fiscais, que alcançava instituições, províncias, regiões, além de grupos e indivíduos. O resultado foi o aumento das tensões sociais e a eclosão da Revolução francesa,<sup>22</sup> quando o Estado foi praticamente à falência,<sup>23</sup> ressurgindo das cinzas financeiras por Napoleão Bonaparte, que instituiu um sistema de tributação direto e indireto.<sup>24</sup> Só com Napoleão III é que foi possível organizar as finanças públicas.<sup>25</sup>

Foi entre os anos de 1630 e 1640 que Portugal passou a tentar reduzir seu regime econômico predominantemente mercantilista e introduziu tributos com um perfil mais moderno, tais como os sobre o consumo de carne e vinho, e sobre rendimentos. Os tributos criados durante as guerras não foram extintos quando a paz retornou, mantendo-se, contudo, o perfil mercantilista em especial após o ano de 1680, quando foram descobertas minas de ouro no interior do Brasil.<sup>26</sup> Passados os anos, e com a perda de grande parte de seu império colonial, um dos grandes problemas para a implantação de um Estado Fiscal em Portugal, no final do século XVIII, era o baixo número de contribuintes e o grande número de isenções fiscais, em especial para a aristocracia, conforme anotação efetuada pelo deputado José Rodrigues de Freitas:

“Em Portugal, onde a aristocracia é tão abundante, onde a classe condecorada com títulos honoríficos é tão grande, onde a aristocracia tem crescido de maneira tão fantástica (...) em Portugal, onde existem tantos aristocratas que seu número até supera os não aristocratas, é estranho que só 33 contribuintes paguem pelo uso de brasões em suas carruagens”.<sup>27</sup>

21. *The rise of fiscal states...* cit., p. 18.

22. Richard Bonney, *The rise of fiscal state in France*, in: Bartolomé Yun-Casalilla, Patrick K. O'Brien e Francisco Comín Comín (Coord.), *The rise of fiscal states...* cit., p. 93.

23. Richard Bonney, *The rise of fiscal state in France* cit., p. 103.

24. Richard Bonney, *The rise of fiscal state in France* cit., p. 107.

25. Richard Bonney, *The rise of fiscal state in France* cit., p. 109.

26. Eugenia Mata, *From Pioneer mercantile state to ordinary fiscal state: Portugal, 1498-1914*, in: Bartolomé Yun-Casalilla, Patrick K. O'Brien e Francisco Comín Comín, *The rise of fiscal states...* cit., p. 221-223.

27. Eugenia Mata, *From Pioneer mercantile state...* cit., p. 227: “In Portugal, where aristocracy is so abundant, where the class decorated with honorific titles is so large, where aristocracy has grown in a fantastic way (...) in Portugal where there are so many aristocrats, that their number even surpasses the non-aristocratic, it is strange that only 33 taxpayers pay for the use arms on their carriages”.

A efetiva modernização de Portugal e a criação de um Estado predominantemente Fiscal ocorreram a partir do início do século XIX, segundo Eugenia Mata.<sup>28</sup>

Sainz de Bujanda descreve a relação entre guerra, pós-guerra e direito financeiro como uma lástima que se constata ao longo da história, registrando, contudo, o aumento dos gastos públicos e sua manutenção em alto patamar, mesmo passado o período de litúrgio, sendo a mudança realizada no que tange à espécie de gasto público.<sup>29</sup>

O fato é que não há um caminho obrigatório para a transição de Estados Patrimoniais a Estados Fiscais. Não se trata de uma rigorosa trilha histórica que tenha sido ou deva ser cumprida por todos os Estados. Ainda nos dias que correm, existem Estados em que a maior parte das receitas públicas advém da exploração de seu próprio patrimônio,<sup>30</sup> embora possuam receitas fiscais, de forma residual.<sup>31</sup>

04. É possível ainda classificar o Estado Patrimonial em distintas vertentes:

- 1) O *Estado Patrimonial Real* é aquele em que o patrimônio pertence ao Soberano e não há separação entre o Erário Real e o Tesouro Público. Trata-se de um tipo de Estado que ainda existe nos dias atuais, tal como na Arábia Saudita, em face das rendas petrolíferas e de sua apropriação pela família Saud, que governa aquele país sob a forma de monarquia hereditária. Ou em Mônaco, onde as receitas públicas decorrem da exploração do jogo e são apropriadas pela família Grimaldi, igualmente uma monarquia hereditária. As receitas públicas são arrecadadas em face da exploração do patrimônio real e os benefícios são apropriados por famílias reais, que as usam para a manutenção do Estado. Os exemplos acima

28. Eugenia Mata, *From Pioneer mercantile state...* cit., p. 231-232.

29. “É surpreendente e amargo comprovar como, ao largo da história, a guerra tem sido o campo da Fazenda – como o de outros saberes práticos – um dos fatores que mais tem contribuído ao desenvolvimento da técnica. Cada conflito bélico abriu os olhos dos governantes sobre fontes inéditas de tributação e obrigou a aperfeiçoar os métodos de aplicação das figuras fiscais preexistentes. Pouco vem ao caso que nos situemos no século V a.C., em plena Guerra do Peloponeso, ou no século XVI, na luta contra o Protestantismo, ou nos dias amargos da última conflagração mundial. Sólon, Péricles, Carlos V, o *Fuhrer* alemão ou o Parlamento britânico tiveram que se deparar com o mesmo doloroso problema: Como custear a grande aventura da guerra? Mas se as hostilidades obrigam a gastar enormes quantias, a chegada da paz não traz alívio algum à economia financeira dos povos. Só um consolo lhes sobra: o gasto público muda de sentido e antes o que se consumia na grande fogueira do combate, chegada a paz se converte em reconstruir as fontes de produção. Consolo efêmero, de todo modo” (tradução deste autor). Fernando Sainz de Bujanda, *Hacienda y derecho*, 2.ª reimpressão. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, vol. 1, p. 142. A mesma ideia, de forma mais concisa, pode ser encontrada no mesmo volume, às p. 155: “A guerra, como sempre, obrigou a efetuar reformas financeiras”.

30. Um excelente caso para análise é o dos Emirados Árabes Unidos. Nos primórdios tinham sua base econômica na coleta de pérolas no Golfo Pérsico, até que na década de 1950 o Japão introduziu no mercado pérolas cultivadas, acarretando a *debacle* de sua economia, que só ressurgiu no final dos anos 1960, quando, em comum acordo com empresas inglesas, passaram a explorar o petróleo que possuíam em seu território e no mar territorial. Para essa trajetória, ver: *From Perls to Oil – How the oil industries came to United Arab Emirates*, David Heard, Dubai: Motivate Publishing, 2011.

31. Mesmo em Dubai, nos Emirados Árabes Unidos, existe imposto sobre operações mercantis, com alíquota de 10%.

são de Estados contemporâneos, que permanecem sobrevivendo da exploração de seu patrimônio, sendo a arrecadação fiscal periférica.

- 2) O Estado Patrimonial Público, em que o patrimônio pertence ao Estado, que se apropria dos resultados de sua exploração e não os agentes privados ou uma família real. Esse tipo de Estado pode ser encontrado ainda hoje com um perfil político autoritário, como em Cuba ou na Coreia do Norte. Existe também um exemplo peculiar, que é a China contemporânea, onde se verifica um curioso tipo de *capitalismo* de Estado, pois não é preponderante a apropriação privada dos resultados da exploração do patrimônio, mas a apropriação pública. Neste grupo podem existir *estados democráticos*, onde a exploração de seu patrimônio é preponderante, notadamente o petrolífero, mas que possuem eleições livres e diversos aspectos das liberdades públicas são respeitados. Aqui se inclui a Rússia<sup>32</sup> e a Venezuela,<sup>33</sup> por exemplo. Logo, a apropriação pública dos resultados da exploração patrimonial não possui correlação direta com o regime político e econômico estabelecido,<sup>34</sup> embora exista forte debate acadêmico correlacionando receitas de petróleo ao advento e manutenção de regimes políticos autoritários,<sup>35</sup> posição que, contudo, é contestada.<sup>36</sup>

Logo, mesmo o critério histórico adotado por Ricardo Lobo Torres não parece que deva subsistir, nem mesmo por intermédio de uma filiação eurocentrista. A classificação pela natureza do vínculo que origina a *receita* permite afirmar que o Estado Patrimonial era o sistema predominante na antiguidade, sendo que hoje a fiscalidade está presente na maior parte dos países ocidentais (seja como critério *geográfico* ou como critério *cultural*<sup>37</sup>). Mesmo nos Estados Patrimoniais, pode existir uma parcela de arrecadação

32. Galina Kurlyandskaya, Gleb Pokatovich e Mikhail Subbotin, informam que cerca de 50% da receita do governo russo provém do setor petrolífero (Russia, in: Georg Anderson (Org.), *Oil & Gas in Federal Systems. Forum of Federations*, Ontario: Oxford University Press, 2012, p. 284).

33. Osmel Manzano, Francisco Monaldi, José Manuel Puente e Stefania Vitale, mencionam que entre 40% e 60% das receitas do Estado Venezuelano advém do petróleo (Venezuela, in: Georg Anderson (Org.), *Oil & Gas in Federal Systems. Forum of Federations*, Ontario: Oxford University Press, 2012, p. 284).

34. Esta observação surge a partir de comentário de Alexandre Coutinho da Silveira acerca desses países.

35. Michael L. Ross, *The Oil Curse – How petroleum wealth shapes the development of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2012. Este trecho bem demonstra a posição do autor: “Today, the oil States are 50% more likely to be ruled by autocrats and more than twice as likely to have civil war with fewer economic and political opportunities. Since 1980, good geology has led to bad politics” (p. 1-2). O capítulo terceiro da obra é integralmente dedicado a correlacionar petróleo e democracia (“More Petroleum. Less Democracy”).

36. É interessante a análise efetuada por Stephen Haber e Victor Menaldo, no texto *Do Natural Resources Fuel Authoritarianism? A Reappraisal of the Resource Curse*, *American Political Science Review*, fev. 2011, disponível em: <<https://iriss.stanford.edu/sites/all/files/shared/documents/Haber%20and%20Menaldo%20APSR%202011.pdf>> (última consulta em 30.04.2013), na qual concluem afirmando: “Our results indicate that oil and mineral reliance does not promote dictatorship over the long run. If anything, the opposite is true” (p. 25).

37. A distinção decorre da constatação que, pelo rigor geográfico, grande parte da Europa encontra-se no hemisfério oriental, pois a leste do meridiano de Greenwich.

fiscal, o que justifica a permanência do advérbio de modo “predominantemente” em sua identificação. Nesses Estados, ainda se pode dividir o *patrimônio* entre *real* e *público*, gerando assim riquezas que são apropriadas pelo Erário Real ou pelo Tesouro Público. Seu traço diferencial característico é a natureza do vínculo que origina a *receita*, que pode ser *predominantemente decorrente do poder de império* (quando então se terá um *Estado Fiscal*) ou *predominantemente decorrente da exploração do patrimônio público* (*Estado Patrimonial*). Nesse segundo tipo, pode-se ainda distinguir entre a existência de *patrimônio estatal* e *patrimônio real*.<sup>38</sup>

05. A distinção levada a efeito acima não se trata de mero jogo de palavras. Por detrás dela existem dois aspectos a serem considerados.

O primeiro é o uso de um *discrímen* diverso do utilizado pelo autor fluminense: o da natureza do vínculo que origina as receitas públicas, que pode ser fruto da exploração do patrimônio dos agentes econômicos privados que atuam na sociedade ou do Rei/Estado. Reputa-se mais adequada essa classificação para os fins aqui pretendidos.

O segundo é que, nessa obra de Ricardo Lobo Torres, o foco se encontra, desde o título, “na ideia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal”. O elemento central é a “ideia de liberdade”, pois, para esse autor, “o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade”, na esteira de James Buchanan.<sup>39</sup> O dissenso não está na tese de que o Estado Liberal criou um novo perfil para a receita pública, separando os patrimônios,<sup>40</sup> ou de que o Estado Fiscal aperfeiçoou os orçamentos públicos.<sup>41</sup> Aqui, e em outros pontos, não há dissenso, mas consenso.

A divergência encontra-se no conceito de *liberdade*, pois o substrato do pensamento exposto pelo referido autor parte do pressuposto de que é livre quem pode dispor do próprio patrimônio. Daí a louvação da separação entre o patrimônio do príncipe do patrimônio individual. Concorda-se com a tese, mas se constata que *ela está situada em um período histórico determinado, localizado na transição do Estado Absolutista para o Estado Moderno, quando findam os privilégios estamentais*. O conceito hodierno de liberdade parte de outros pressupostos, e não apenas da liberdade contra o Estado – fase inicial da afirmação dos direitos fundamentais –, mas também em outros documentos consagradores dos ideais de isonomia e de fraternidade.<sup>42</sup>

38. Essa classificação não deve tomar por base um único mês ou ano da arrecadação de um determinado Estado. A ótica da *predominância* deve ser considerada em períodos mais longos, de um lustro ou mais.

39. *A ideia de liberdade...* cit., p. 2-3.

40. “O que caracteriza o surgimento do Estado Fiscal, como específica figuração do Estado de Direito, é o novo perfil da receita pública, que passou a se fundar nos empréstimos, autorizados e garantidos pelo Legislativo, e principalmente nos tributos – ingressos derivados do trabalho e do patrimônio do contribuinte –, ao revés de se apoiar nos ingressos originários do patrimônio do príncipe” (*A ideia de liberdade...* cit., p. 97).

41. “Com o Estado Fiscal se aperfeiçoam os orçamentos públicos, substitui-se a tributação do campesinato pela dos indivíduos, minimiza-se a intervenção estatal, tudo o que representa a nova Constituição Financeira” (*A ideia de liberdade...* cit., p. 98).

42. Listo alguns, dentre vários outros relevantes documentos históricos: Magna Carta (15.06.1215), A Declaração de Direitos Humanos de Virgínia (16.06.1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (04.07.1776).

A despeito de concordar com Ricardo Lobo Torres na assertiva de que o Estado Fiscal consagrou a liberdade formal, vou além, para demonstrar que, para criar a verdadeira liberdade, a *liberdade substancial*, é necessária a ação do Estado para permitir que sejam consagrados outros direitos de modo a permitir que as pessoas tenham a liberdade para o exercício de suas capacidades, conforme assevera Amartya Sen. Para esse autor, “as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas)”.<sup>43</sup> Para ele, um conjunto de liberdades é requisito essencial para o desenvolvimento, e tais liberdades são um meio para o exercício das capacidades inerentes à pessoa humana. Assim, ainda segundo o autor indiano:

“O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo a maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou obter remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico. Em outros casos a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade”.<sup>44</sup>

É bem verdade que essa ideia de liberdade é uma visão atual aplicada a uma situação pretérita, e que a história do homem é dinâmica, podendo gerar avanços ou retrocessos. Logo, a visão atual, que contempla maiores liberdades, não seria sequer imaginada sem que tivesse sido trilhado um longo caminho de conquistas. Se, mesmo hoje, essa visão é contestada, o que dizer sobre ela no futuro?

Não basta a *liberdade formal* conquistada na época do liberalismo, com a abolição dos privilégios estamentais. É necessário hoje que existam instrumentos capazes de permitir o acesso a *liberdades substanciais*, afastando os diversos empecilhos que podem surgir para sua fruição, sejam eles de natureza econômica, social ou política – dentre outros.

É dessa liberdade substancial que se deve falar nos dias que correm. E essa liberdade está afirmada em documentos históricos que justificam a ascensão e a permanência do Estado Fiscal na atualidade. Inicialmente, consagrando os direitos fundamentais

43. *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 17.

44. *Desenvolvimento como liberdade* cit., p. 18.

contra o Estado, que podem ser resumidos naqueles que destacam as liberdades formais; posteriormente, incorporando a ideia de isonomia e, em um passo posterior, a de fraternidade.

Na segunda década do século XXI, não se pode mais entender como *liberdade* a singela possibilidade de haver a obtenção de patrimônio privado e de afirmação de direitos contra o Estado. Isso é insuficiente. É imprescindível que se busque a *liberdade substancial*, e não apenas a *liberdade formal* do liberalismo. Esse foi um passo importante e determinante, mas não suficiente para o desenvolvimento de todas as capacidades que são inerentes ao ser humano individualmente considerado.

A liberdade não se dá apenas pela separação do patrimônio público do privado, nem mesmo pela singela submissão das rendas privadas aos tributos regrados pelo pálio do Princípio da Reserva Legal. É necessário que tais liberdades (assim mesmo, no plural), sejam consideradas como requisitos para o *desenvolvimento*, para a possibilidade do pleno exercício das *capacidades de cada ser humano individualmente considerado*. Para tanto, não é suficiente a ótica da receita fiscal, da separação entre o patrimônio público e o patrimônio privado, mas também, e essencialmente, a ótica da despesa pública, da renúncia fiscal, dos gastos governamentais orientados pela isonomia, legalidade, legitimidade, economicidade, solidariedade dentre outros valores. Sem esse amplo olhar sobre as liberdades, estar-se-á vendo apenas uma árvore, mesmo estando circundados por florestas. Por igual motivo, deve-se ter um olhar mais atento à exploração dos recursos naturais, em especial dos não renováveis, em face de sua finitude, em prol das futuras gerações. Esse registro vale para a conservação do bem em si (patrimônio) como para as receitas dele originárias, pois, como será adiante melhor explicitado, é dos mais difíceis o equilíbrio entre o nível de exploração do bem e seu entesouramento. A díade é a seguinte: mais receita nos dias atuais pode beneficiar a geração presente; o entesouramento do patrimônio pode beneficiar as futuras gerações, que o explorará – todavia, será isso uma certeza? Como os instrumentos de direito financeiro podem ajudar a resolver essa equação, sem que ela se torne um paradoxo?

É interessante notar que o próprio autor fluminense em certo trecho parece reconhecer a insuficiência do critério por ele adotado. Ao inventivar – corretamente – contra a cultura patrimonialista brasileira<sup>45</sup> menciona que:

“O ranço do patrimonialismo é observado até nossos dias nos privilégios fiscais de algumas classes, como militares, magistrados e deputados (só extinta com a Constituição de 1988), no descompromisso com a justiça e a liberdade, na concessão indiscriminada de subvenções e subsídios para a burguesia, no endividamento irresponsável, na proliferação de monopólios e empresas estatais etc., características que se encontram também em outros países latino-americanos, herdeiros do patrimonialismo ibérico. Mas é inegável que, mesmo de forma defeituosa, o Brasil aderiu ao liberalismo, eis que a ‘constituição’ do Estado Fiscal, além de ser um dado fático, é sobretudo uma realidade jurídica”.

45. *A ideia de liberdade...* cit., p. 99-100.

Concordamos com esse autor nesse trecho, o que reforça a consideração de que a singela adoção de um Estado Fiscal é insuficiente para a obtenção da liberdade substancial de que fala Amartya Sen. É necessário que se chegue a ter um Estado Democrático e Social de Direito, processo em construção no Brasil.

Como certamente acontece em vários Estados, não foi suficiente para a obtenção da liberdade substancial a chegada ao “liberalismo”, ou seja, a adoção de um Estado em que a propriedade privada é reconhecida e as receitas públicas obtidas a partir do sistema tributário. Muitos outros fatores são necessários. No caso brasileiro, além de se ter “aderido ao liberalismo” e conquistado um ambiente democrático, há uma profunda carência de republicanismo no trato da “coisa pública”, que a classe dirigente usa como se fosse uma *res nullius* e não como uma *res publicae*.<sup>46</sup>

06. Como visto, esses conceitos de Estado Patrimonial e de Estado Fiscal não são conceitos puros, mas interagem entre si, com maior ou menor predominância de um sobre o outro. Mesmo no sistema capitalista, em que a arrecadação pública é focada no sistema tributário, subsiste um âmbito arrecadatório vinculado à exploração patrimonial do Estado que, em alguns casos, a despeito de pouco arrecadar, possui importância estratégica para o desenvolvimento socioeconômico que merece destacada atenção.

O objeto deste estudo, portanto, não é o Estado Patrimonial, mas parcela da receita patrimonial no Estado Fiscal. A rigor, o objeto é ainda mais delimitado: *como o Estado Fiscal arrecada e rateia valores decorrentes da gestão dos recursos naturais não renováveis, que no Brasil são bens do patrimônio público, conforme exposto na parte inicial desta obra, com maiores desdobramentos.*

## 2. QUE TIPO DE BENS PÚBLICOS SÃO OS RNNR – RECURSOS NATURAIS NÃO RENOVÁVEIS?

### 2.1 O que são Recursos Naturais Não Renováveis – RNNR?

07. Os recursos naturais podem ser definidos como aqueles que são encontrados na natureza, e podem ser explorados pelo homem. Encontram-se englobados nesse conceito, elementos do reino vegetal, animal ou mineral. Daí que tanto florestas, madeira de reflorestamento, água, minérios, peixes etc., podem ser considerados recursos naturais.

Esse conceito pode ser dividido em várias espécies, sendo útil para os fins deste trabalho distinguir desse grupo os que se caracterizam como Recursos Naturais Não Renováveis. Nesse sentido, a classificação pode se dar pelo critério de sua *finitude* ou *exaurimento*.

É bem verdade que os recursos naturais da espécie vegetal ou animal podem se exaurir, em especial as espécies que foram extintas ou estão em vias de extinção. Todavia, *em condições normais da natureza, ou em condições de exploração econômica*

46. Esse é um tema muito relevante, mas que não será explorado neste contexto, em face de extrapolar o foco do trabalho. Ver Fernando Facury Scaff, República, finanças, tributação, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, p. 79-104, 2008.

racional, sua preservação fica assegurada. Sua própria reprodução natural permite a manutenção e a multiplicação das espécies.

O mesmo não se pode dizer dos recursos minerais e dos hidrocarbonetos (petróleo e gás), para os quais não existe a possibilidade de reprodução natural. Existem tentativas de criação laboratorial substitutiva desses bens naturais, para uso em finalidades específicas, como os diamantes industriais – mas não se constituem no mesmo produto encontrado na natureza.

Assim, por esse critério, poder-se-ia distinguir que os elementos vegetais e animais são recursos naturais renováveis, enquanto os minerais e hidrocarbonetos são não renováveis. Registra-se que a água potável está inserida nesse grupo de minerais, constituindo-se em uma espécie muito específica, pois fonte da vida humana – o que a distingue dentro desse grupo.

Firmada a distinção acima, é necessário dar mais um passo e analisar algumas formações coletivas, como, por exemplo, as florestas. Tendo sido dito que os elementos vegetais são renováveis, poder-se-ia afirmar que as florestas também são renováveis – mas isso seria incorreto. As florestas não se caracterizam apenas por ser um conjunto de espécies vegetais. As florestas formam um conjunto de elementos bióticos e abióticos reunidos pela natureza ao longo das eras de formação do globo terrestre. Assim, a afirmativa inicial é válida quando se considerar individualmente cada espécie animal ou vegetal – mas não seu conjunto tal como organizado pela natureza originalmente. As florestas se compõem também como um recurso natural não renovável em face de seu conjunto. Pode-se até fazer um reflorestamento com espécies em áreas anteriormente desmatadas, mas isso acarretará a formação de outro bioma, diverso do original. Conclui-se que, ao lado dos elementos minerais e dos hidrocarbonetos, as florestas também se constituem, enquanto conjunto de elementos bióticos e abióticos organizados pela natureza, como recursos naturais não renováveis.

No caso das florestas, está-se defronte de outra classificação de bens públicos, que se dividem como singulares, coletivos ou universais. Trata-se, no caso, de uma *universalidade pública*, que, segundo definição de Cretella Júnior, “decorre de seu caráter de coisa destinada a todos, construída ou organizada para utilidade e comodidade comum (...). Não é necessário que a universalidade proceda do Estado para ser pública, nem que por ele seja construída. Basta a supervisão, a organização, o patrocínio do poder público (...)”.<sup>47</sup>

Podem-se conceituar os recursos naturais não renováveis como aqueles insuscetíveis de reprodução natural, portanto, exauríveis, mesmo ocorrendo sua exploração racional. Inserem-se nesse conceito tanto elementos abióticos, quanto aqueles considerados coletivamente, como as florestas.

47. José Cretella Júnior, *Dos bens públicos*, 2. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975, p. 136. O exemplo utilizado pelo autor é o de uma biblioteca como uma *universalidade pública*. Nesse caso, não seria considerado um bem público nem singular, nem coletivo, mas universal. Também Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, São Paulo: Ed. RT, 2012, t. II, p. 131-134.

Mesmo considerando as florestas como Recursos Naturais Não Renováveis, delimitar-se-á o objeto deste estudo nos minerais e nos hidrocarbonetos,<sup>48</sup> pois são considerados *bens uti singuli*, e não *uti universitas*, e nos potenciais de energia hidráulica, que possuem outra característica, conforme se exporá adiante.

### 2.1.1 A equiparação constitucional dos potenciais de energia hidrelétrica

08. O art. 20 da Constituição inclui também, entre os bens da União, os potenciais de energia hídrica (inciso VIII).

Essa inclusão destoa da conceituação acima, no que diz respeito ao caráter de não renovabilidade. Embora seja tratada na Constituição pelo mesmo parágrafo que trata do rateio da receita pública decorrente de recursos naturais não renováveis (art. 20, § 1.º),<sup>49</sup> cabe a pergunta: será que a energia hidráulica possui o caráter de não renovabilidade, tal como inegavelmente possuem os minérios e os hidrocarbonetos? Ou a inserção deste tipo de recurso natural no mesmo parágrafo da Constituição não tem o perfil técnico aqui pretendido?

A energia hidráulica possui a característica da impossibilidade de sua acumulação, pois é distribuída na sequência em que tiver sido gerada – por outras palavras: *não existe estoque de energia hidráulica*. Existe estoque de água nos reservatórios das usinas hidrelétricas, controlados pela taxa de vazão, o que é diverso.<sup>50</sup> A energia que não tiver sido consumida é perdida.<sup>51</sup> Essa é uma característica diversa da *não renovabilidade*, pois nada indica que essa fonte seja esgotável – tal como os minérios e o petróleo. Não

48. A despeito de existir um interessante debate acadêmico sobre ser o petróleo um elemento biótico ou abiótico, deixa-se esse aspecto de lado para os fins deste trabalho. Para esse tema, sugere-se José Lopes Velho, *Petróleo, dádiva ou maldição – 150 anos de história*, Lisboa: Bnomics, 2010, p. 22 e ss. Segundo esse autor, “existem duas teorias acerca da origem do petróleo, uma designada biogênica outra por abiogênica. Esta segunda defende a hipótese de formação do petróleo a partir do carbono e do hidrogênio existentes no manto. Apesar dos defensores desta teoria e dos argumentos para sua defesa, a comunidade científica persiste na defesa da tese biogênica que tinha sido proposta pela primeira vez, em 1757, pelo cientista russo Mikhail Lomonossov (1715-1765). Aceita-se a opinião de que alguma quantidade de petróleo possa ter sido formada por elementos abiogênicos, a partir do manto, mas a origem fundamental do petróleo é claramente biogênica, com base em matéria orgânica que depois foi sujeita a transformações sob temperaturas inferiores a 200° C” (p. 22).

49. “§ 1.º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

50. Clever Campos menciona que: “a característica própria da eletricidade, ou seja, a facilidade com que esta é transmitida por meio de longa distância, a diferencia das outras espécies energéticas e a torna mais atraente com relação às demais” (*Curso básico de direito de energia elétrica*, Rio de Janeiro: Synergia, 2010, p. 3). Menciona ainda: “Uma característica particular da energia elétrica, muitas vezes incompreendida pelos iniciantes da matéria, é a sua instantaneidade, ou seja, a geração e o consumo sempre ocorrem ao mesmo tempo” (p. 11).

51. É curioso observar a diferença entre as atividades colocadas pelo constituinte brasileiro de 1988 como beneficiárias de *royalties*. Enquanto a produção de hidroenergia não possui estoques, uma das características mais marcantes da atividade petrolífera é a existência de reservas acumuladas

é razoável adotar o critério de que a água que faz gerar as turbinas de uma hidrelétrica pode se esgotar – isso pode acontecer em uma catástrofe, mas não em decorrência do uso normal do bem, e não se deve analisar pelas exceções, mas pelas regras. Estoca-se água nos reservatórios das usinas hidrelétricas; mas a energia dela decorrente não é estocável.<sup>52</sup> Toda a energia que for gerada, transmitida e distribuída ou é consumida ou é perdida.

Por amor ao debate, deve-se distinguir que o bem em questão não é a água, mas a *energia hidráulica* – o que é diverso, pois a água é a mesma antes e depois de passar pelas turbinas; o que dela se extrai é a *energia* decorrente de sua passagem pelas turbinas. A *energia hidrelétrica* surge da transformação de energia *estática* em energia *dinâmica* – daí que o bem público em questão não é a *energia* ou a *água*, mas os *potenciais de energia hidráulica*. Entende-se daí que a energia hidráulica possui a característica de renovabilidade, a despeito de não ser acumulável – o que a torna diferente dos recursos minerais e do petróleo nesse aspecto, embora todos englobados no § 1.º do art. 20 da CF.

Advém desse fato que minérios e petróleo são recursos naturais não renováveis; energia hidráulica é um recurso natural renovável. Daí que a unificação desses bens no mesmo artigo e parágrafo da Constituição não possui uma característica técnica, mas uma opção política do constituinte em criar fontes de receita patrimonial e estabelecer sua partilha entre os entes federados, na forma da lei. As razões que levaram o constituinte de 1988 a colocar esses recursos juntos nesse inciso serão detalhadas adiante, no segundo capítulo.

O que acima foi referido ao petróleo, pode ser integralmente aplicado ao sistema de extração minerária propriamente dito.

Questões regulatórias também separam a exploração de petróleo da exploração de energia hidroelétrica – a despeito de ambos fazerem parte do setor energético. Conforme apontado por Maria D’Assunção Costa,<sup>53</sup> no caso da concessão de serviços públicos de energia elétrica, o Estado estabelece as diretrizes com os olhos voltados ao consumidor final de eletricidade, “fixando-lhe tarifas e fiscalizando todos seus gastos e receitas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Exatamente ao contrário da tarifa na eletricidade, o contrato de concessionário de exploração e produção de petróleo e gás natural não garante nada ao proponente da licitação. Por isso, é considerada uma atividade de alto risco e também não tem regulação nos preços, salvo os preços indicativos divulgados pela ANP para efeito de Participações Governamentais”.

No caso dos minérios e petróleo, a regulação não se encontra voltada ao consumidor final, mas diretamente à sua exploração, que se pretende seja efetuada segundo alguma racionalidade.

pelos países (estoques) como reserva estratégica. O mesmo se dá com diversos outros minerais, como os radioativos.

52. Existem acumuladores de energia, mas de pequena potência e que não são considerados no âmbito de análise macrojurídica aqui presentes (para o conceito de macrojurídico, ver Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria geral do direito econômico*, São Paulo: Ed. RT, 1977, 3.ª parte.)

53. Maria D’Assunção Costa, *Comentários à Lei do Petróleo*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 27.

2.1.2 *Petróleo, gás e minério só dão uma safra*

09. Uma das características mais importantes desses Recursos Naturais Não Renováveis é o fato de que são exauríveis, mesmo ocorrendo sua exploração racional. Todavia, pode-se considerar seu exaurimento não apenas físico – esgotamento das reservas em razão de seu uso no correr do tempo –, mas igualmente possível em face da tecnologia e da escassez.

A variável do tempo decorre da certeza do esgotamento das reservas. É plenamente cabível neste passo o provérbio popular de que “minério não dá duas safras”, o que serve para a presente análise. Pode-se ter várias safras de café, soja, algodão, cana de açúcar; pode-se produzir em série vários produtos industrializados; mas petróleo e minérios não são perenes e se esgotarão no correr do tempo. Não são apenas bens escassos – aqui se está diante de outro problema e classificação; são bens exauríveis, a despeito de eventualmente serem abundantes nos dias atuais.

Quanto à vertente tecnológica, pode ocorrer de aquele bem se tornar desimportante para o processo produtivo pretendido em face da descoberta de novas técnicas. A matriz energética mundial já foi baseada no carvão vegetal, o que extinguiu muitas florestas no planeta. Com a queda do consumo de papel no mundo, em face do avanço dos meios eletrônicos, o caulim – insumo imprescindível para o branqueamento do papel – tem seus preços relativos desabando no mercado atual. É lugar comum discutir o fim da civilização do petróleo, argumentando-se com a mudança de matriz energética para novas formas de energia limpa, tal como a eólica e a hidráulica, que devem ser predominantes em escala mundial a médio e longo prazo. Afinal, olhando em retrospectiva, a civilização do petróleo tem pouco mais de 100 anos, tendo sido um dos fatores preponderantes para sua predominância o desenvolvimento tecnológico dos carros movidos a combustão, cujo marco foi a indústria norte-americana de Henry Ford.<sup>54</sup> Rognvaldur Hanesson relata a lenda de um pobre fazendeiro irlandês que encontrou turfa em sua propriedade, material de origem vegetal muito usado no passado como combustível. Planejou sua exploração de forma racional para que seus descendentes pudessem usufruir dessa riqueza, que então possuía grande valor de mercado. Ocorre que, passados os anos, essa fonte de calor deixou de ser usada e as gerações que o sucederam deixaram de usufruir do valor daquele bem e amaldiçoaram as gerações anteriores por não a terem explorado corretamente. Não se tratou de um erro de planejamento, mas de um problema de mercado, fruto de inovações tecnológicas.<sup>55</sup>

54. Para esse assunto, sugere-se uma obra que apresenta o tema a partir da experiência da empresa Ford na Amazônia na plantação de seringueiras visando extrair o látex para produzir os pneus de seus carros. A lógica da empresa, e que se tornou referência como modelo econômico mundial, hoje ultrapassado, era da autossuficiência na produção de todos os elementos que compunham seus carros. A experiência econômica foi um retumbante fracasso: Greg Grandim, *Fordlândia – Ascensão e queda da cidade esquecida de Henry Ford na Selva*, Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

55. *Investing for Sustainability: The Management of Mineral Wealth*, Norwell: Kluwer, 2001, p. 2. Flávio Rubinstein se refere a essa mesma história em sua tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*, mimeo, p. 36.

A vertente da escassez possui um perfil mais econômico. Pode ocorrer de determinado bem ser relevante e ter alto preço de mercado nos dias atuais, porém, com a descoberta de novas reservas, o preço desse bem pode despencar e, com isso, a riqueza nacional cair junto – afinal, nem todos os recursos naturais do planeta encontram-se devidamente mapeados e cubados; a recente descoberta de grandes campos de petróleo na costa marítima sudeste brasileira, conhecidos como *campos do pré-sal*, são um exemplo disso. Essa variação de preços em face da descoberta de novas reservas é muito usual no caso de minérios utilizados como reserva de valor, tal como o ouro, a prata e os diamantes, dentre vários.

2.1.3 *Distribuição assimétrica e rigidez locacional*

10. Outro aspecto a ser destacado como característica dos Recursos Naturais Não Renováveis diz respeito à sua *distribuição naturalmente assimétrica* e, por conseguinte, à sua *rigidez locacional*, com dois enfoques: o internacional e o interno a cada Estado.

A distribuição assimétrica diz respeito à distribuição dessas riquezas ao longo do globo terrestre de forma natural, não respeitando as fronteiras políticas e os interesses estabelecidos pelo homem. Assim, existem Estados onde não há uma gota de petróleo, vizinhos de onde essa riqueza natural é abundante, como ocorre com Israel, por exemplo, circundado de países petrolíferos. Ou países industrializados e desenvolvidos onde igualmente esse recurso natural não é encontrado, tal como no Japão. O Brasil, por exemplo, a despeito de produzir vasta gama de elementos minerais – ampla diversidade –, lidera em termos globais apenas na produção de nióbio e tântalo.<sup>56</sup> Segundo Maria Amélia Enríquez, considerando as reservas mundiais, o Brasil tem 96,9% do nióbio já identificado, 46,3% do tântalo, estando em segundo lugar em grafite natural (26,8% das reservas mundiais), terceiro em bauxita metalúrgica (8,9% considerada a mesma base) e quinto em ferro (7,2%).<sup>57</sup>

No âmbito do concerto das nações, verifica-se que uma vez estabelecidas as fronteiras nacionais dos Estados, estes passam a ter o direito de decidir sobre a exploração de seus recursos naturais, de conformidade com as leis que estabelecerem. Daí que as normas relativas à exploração desses recursos variam de país para país, não existindo padrões que permitam considerar uma uniformidade de procedimentos. Em face disso é que existem diversos subsistemas jurídicos para cada Estado, estabelecendo regras próprias para sua exploração, no âmbito do direito ambiental, civil, administrativo, econômico, tributário e, como não poderia deixar de ser, também no âmbito do direito financeiro. Por outro lado, existe vasto aparato jurídico de direito econômico internacional que regula as relações entre os países. Gilberto Bercovici, ao discorrer sobre o tema, menciona a existência de Tratados que asseguram a soberania permanente sobre os recursos naturais, tal como a Res. 1.803 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 14.12.1962, conhecida como *Resolução sobre Soberania Permanente dos*

56. *Revista Minerais & Minerales*, São Paulo: Ed. Minérios, edição 345, de 03.12.2012, comentando o British Geological Survey – Risk List 2012.

57. *Mineração: maldição ou dádiva?*, São Paulo: Signus, 2008, p. 181.

Estados sobre os Recursos Naturais,<sup>58</sup> e a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Res. 3.281 da ONU, de 12.12.1974.<sup>59</sup>

Seguramente, todas as empresas que exploram os bens aqui analisados gostariam de fazê-lo no seio de núcleos urbanos com as melhores condições de conforto e desenvolvimento humano. Se as jazidas de minério localizadas na Mongólia pudessem ser realocadas e exploradas a partir de Sidney, na Austrália, a empresa Rio Tinto, cujo centro decisório se encontra nessa cidade, pouparia muitos esforços humanos e financeiros.<sup>60</sup> Todavia, isso é impossível nas indústrias que exploram a atividade de extração de minério, petróleo e recursos hidroenergéticos, que se diferenciam das demais, como, por exemplo, as que tratam de TI – Tecnologia da Informação, que podem se localizar na Califórnia, nos Estados Unidos, mas ter atuação em todo o planeta. Pode-se desmontar uma fábrica de cigarros em Belém, no Estado do Pará, e remontá-la em qualquer lugar do Caribe; mas não se pode explorar a energia hidráulica potencialmente existente no rio Xingu, também no Estado do Pará, onde está sendo construída a Usina Hidrelétrica de Belo Monte (UHE), e instalá-la na Avenida Paulista, em São Paulo. Daí por que a indústria tabagista – poderia usar o exemplo de outras, tal como a de produção de tênis – tem menor *rigidez locacional* que as que exploram recursos naturais não renováveis ou energia hidrelétrica.

Pode-se comercializar em qualquer lugar, a partir das regras estabelecidas pelos Estados nacionais e de acordo com a estratégia de mercado das empresas; porém, para extrair petróleo ou minério, ou produzir hidroeletricidade, é necessário nele se instalar e agir de acordo com as especificidades daquele local. Enfim, pode-se chegar pelo comércio a qualquer lugar; mas só se podem extrair minérios e petróleo, ou gerar energia a partir de fontes hidrelétricas, nos Estados nacionais onde tais fontes estiverem situadas – ou, para usar o ditado popular acima mencionado, *onde tiver dado a única safra desses bens* – daí a *rigidez locacional* considerada globalmente para essas atividades.

Internamente, em cada Estado, essa *rigidez locacional* tem outro enfoque. A maior parte do petróleo brasileiro provém do mar territorial, o que obriga as empresas a ter pesada logística para manter seus recursos humanos e equipamentos em plataformas marítimas que permitam a extração. Não seria mais fácil se esse óleo pudesse ser extraído no centro do Rio de Janeiro, onde se localiza a sede da Petrobras? O mesmo

58. Dessa importantíssima Resolução destaca-se o seguinte: “Considerando que qualquer medida tomada a este respeito dever-se-á basear no reconhecimento do direito inalienável de todos os Estados a dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais em conformidade com os respectivos interesses nacionais, e no respeito da independência econômica dos Estados”, e seu item 1 “O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.” A íntegra pode ser encontrada no site: <[http://direitoshumanos.gddc.pv3\\_21/IIIPAG3\\_21\\_2.htm](http://direitoshumanos.gddc.pv3_21/IIIPAG3_21_2.htm)>, último acesso em: 18.02.2013.

59. Para melhores detalhes, ver Gilberto Bercovici, *O direito econômico do petróleo e dos recursos naturais*, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 42-48.

60. Ver *The Economist*, edição de 21.01.2012, intitulada *Booming Mongolia: Mine, all mine*. Disponível em: <[www.economist.com/node/21543113?src=scr/tw/tc/ar/mineallmine](http://www.economist.com/node/21543113?src=scr/tw/tc/ar/mineallmine)>.

exemplo serve para outra empresa brasileira, a Vale, que possui grandes jazidas minerais lógicas no sudeste do Pará e no sul de Minas Gerais, sendo sua sede no Rio de Janeiro.

#### 2.1.4 A rigidez locacional e a distribuição federativa dos RNNR

11. Estabelece a Constituição brasileira de 1988 a seguinte distribuição federativa dos bens públicos, considerados somente os Recursos Naturais Não Renováveis:

“Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

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

VIII – os potenciais de energia hidráulica;

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

(...)

Art. 26. São bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, resguardadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

E nada sobra aos Municípios de titularidade sobre bem público não renovável, sendo que na Constituição é apenas feita uma menção indireta a seu patrimônio (art. 26, II).

O Distrito Federal cumula a titularidade prevista para Estados e Municípios.

É nítida a predominância da União na titularidade dos Recursos Naturais Não Renováveis brasileiros. Observa-se que, a rigor técnico-geológico, a discriminação dos bens da União não alcança diretamente os hidrocarbonetos (petróleo e gás), que, como é sabido, não se constituem em espécie mineral. Todavia, para efeitos jurídicos, eles estão inseridos nesse conceito, por duas razões: 1.ª) *históricas*, pois em sua gênese o petróleo foi regulado pelo Código de Minas (Dec. 24.642, de 10.07.1934)<sup>61</sup> e 2.ª) *jurisprudenciais*; uma vez que o STF, no julgamento da ADIn 3.273, rel. Min. Eros Grau, em diversos *obiter dictum*,<sup>62</sup> estabeleceu que o petróleo encontra-se inserido no conceito do art. 20, IX, da CF, que trata de “recursos minerais”. De outro modo, por vias indiretas, o petróleo e o gás estão mencionados como “recursos naturais” quando na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva (inc. V). E, quando em área

61. “Art. 2.º As jazidas que constituem objecto deste código se classificam como segue: Classe X, do petróleo e gases naturais; Paragrapho unico. Quaesquer duvidas relativas á classificação de jazidas serão resolvidas pelo Departamento Nacional da Produção Mineral.”

62. Por todos, ver p. 120, voto do Min. Carlos Ayres, Relator originário: “A Carta-Cidadã, fiel à proposição kelseniana de que o Direito constrói suas próprias realidades, optou por ignorar as discussões geológicas e geofísicas sobre a distinção entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos (que seriam substâncias orgânicas) e os recursos minerais propriamente ditos (que teriam a natureza de substâncias inorgânicas) Isto para fazer destes últimos (‘recursos minerais’) o gênero no qual os dois primeiros recursos se encartariam. As duas tipologias fundindo-se, a princípio, numa única realidade normativa ou figura de Direito, sob o nome abrangente de ‘recursos minerais’”.

terrestre, pode-se também identificar a correlação de titularidade da União efetuada pelo inc. I do mesmo art. 20, uma vez que a propriedade do petróleo no Brasil já havia sido atribuída à União pelas normas anteriores à Constituição Federal de 1988.

Assim, mesmo não sendo o petróleo um recurso mineral para fins geológicos, para fins do Direito ele o é e, como tal, será considerado neste trabalho.

12. O sistema federativo brasileiro – outro aspecto interessante decorrente do problema da *rigidez locacional interna* – está apto a lidar com a exploração de Recursos Naturais Não Renováveis? Considerando que os recursos naturais encontram-se, como não poderia deixar de ser, localizados dentro das fronteiras de um (ou mais) Estado(s) e Município(s), qual parcela de receitas públicas a ele(s) são destinadas? Certamente os problemas ambientais e sociais ocorrerão no âmbito local, mas o que a população residente naquele território ganha com sua exploração, se os recursos são todos da União, como no Brasil atual? Existe ainda a questão da exploração marítima de petróleo, na qual os entes federados debatem a pertinência de seu rateio, inclusive com diversas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF. Constata-se uma *lacuna* entre o sistema de receitas públicas (fiscais e patrimoniais) e as despesas públicas decorrentes dos impactos sociais e econômicos da exploração dos recursos naturais.

Em paralelo a essa questão do rateio das receitas patrimoniais – que será tratada neste trabalho –, existe o problema da *guerra fiscal*, em que os Estados renunciam à obtenção de receitas tributárias *próprias*, mais centradamente o ICMS, em prol da atração de investimentos. Quando isso ocorre, há forte impacto nos gastos públicos, gerando um *paradoxo fiscal*, pois haverá menor receita tributária presente para maior gasto público, na esperança de maior arrecadação futura em função do desenvolvimento que se espera venha a ocorrer. Todavia, mesmo Estados que assim procedem, abrindo mão de receitas tributárias *próprias*, lutam desesperadamente por *receitas patrimoniais transferidas*, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro, que busca manter sua arrecadação de *royalties* do petróleo – que é uma receita transferida pela União – não a rateando com os Estados não produtores, embora seja um Estado muito ativo na renúncia fiscal do ICMS – *receita própria*.

É curioso notar que o debate sobre essa fonte patrimonial de receitas não advém diretamente de seu titular, a União, mas de fontes secundárias, que recebem tais recursos decorrentes de receitas *transferidas*, os Estados e os Municípios, que são os maiores protagonistas de pleitos para o aumento e melhor eficácia de sua cobrança, e de maior parcela de rateio federativo. De fato, constata-se que os efeitos deletérios da exploração desses recursos naturais ocorrem no território desses entes menores da Federação brasileira, e não na União – ente maior. O impacto socioambiental decorrente da infraestrutura necessária para a exploração desses recursos naturais age diretamente nos Municípios onde essas reservas se encontram, e mais indiretamente nos Estados, sendo que apenas remotamente a esfera federal se importuna com esse tipo de problemas. A construção de uma hidrelétrica, por exemplo, inunda grande área que poderia ser explorada para fins comerciais, gerando maior arrecadação de ICMS para os Estados e de Valor Agregado Fiscal (VAF) para os Municípios – a estrutura do sistema tributário encontra-se centrada na dinâmica do valor agregado para o principal

tributo estadual (o ICMS), bem como para os repasses municipais do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Todavia, é no território dos Municípios e do Estado que os impactos sociais acontecem, tal visto como em Rondônia e no Pará, onde sérios problemas trabalhistas ocorreram na construção de hidrelétricas, o que mobilizou inclusive o governo central.<sup>63</sup> O que fica de receita para esses Estados enfrentarem esses problemas? Apenas um punhado de receita patrimonial transferida – o que será tratado ao longo deste trabalho. Por outro lado, o impacto socioambiental no território de Estados e Municípios quando da exploração de petróleo em alto mar é bastante menor, embora seja assegurado pela legislação infraconstitucional o pagamento de *royalties* a essas unidades federadas.

O fato é que há situações diversas colocadas no mesmo enquadramento: compensação de unidades federadas em face de alagamento de áreas agricultáveis, no caso dos potenciais de energia elétrica; compensações socioambientais no caso da exploração de recursos minerais em área terrestre; e impacto minorado no caso da exploração de petróleo em alto mar. Todas essas situações geram um sem-número de argumentos em prol da cobrança dos *royalties* pelas unidades federadas beneficiárias do rateio, e uma disputa sem quartel por aquelas que nada, ou quase nada, recebem por esse repasse.

Nessa linha, constatar-se-á que a localização das minas independe das fronteiras internas do país, do PIB ou IDH de cada Estado – tanto assim é que, sob esse critério, o Estado de Minas Gerais lidera a produção minerária nacional, seguido de São Paulo, Bahia, Goiás e Pará.<sup>64</sup> Qual a linha de identificação entre esses Estados, quanto à região geográfica, PIB ou IDH? Nenhuma. O minério brota independentemente desses fatores, o que registra e reforça a característica da rigidez locacional em sua exploração.

O mesmo ocorre com a matriz energética hidrelétrica brasileira. O Brasil possui 12 bacias hidrográficas,<sup>65</sup> que obviamente não seguem o mesmo parâmetro geopolítico adotado para as fronteiras federativas brasileiras. Nessas bacias hidrográficas é que surgem os potenciais de energia hidrelétrica, e as Usinas Hidrelétricas, que se constituem na principal matriz energética brasileira, com quatro grandes pontos em destaque:<sup>66</sup> a Usina de Itaipu,<sup>67</sup> empreendimento binacional entre Brasil e Paraguai, que se encontra localizada no Estado do Paraná; a Usina de Tucuruí,<sup>68</sup> localizada no Estado do Pará, e que é a maior Usina exclusivamente brasileira, a de Ilha Solteira,<sup>69</sup> no Estado de São Paulo e a Usina de Xingó,<sup>70</sup> entre os Estados de Sergipe e Alagoas.

63. Basta ver os problemas trabalhistas ocorridos na construção das Usinas Hidrelétricas de Jirau, Santo Antônio e Belo Monte, com greves e quebra de instalações.

64. *Revista Minerais & Minerais*, São Paulo: Minérios, edição 345, de 03.12.2012, comentando o British Geological Survey – Risk List 2012.

65. [http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/livro\\_atlas.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/livro_atlas.pdf).

66. Todas as informações sobre a capacidade das UHE foram obtidas em <<http://www.brasil.gov.br/ sobre/economia/energia/imagens/maiores-usinas-hidreletricas-do-pais/view>>. Considera-se que cada MW gerado é suficiente para atender o consumo de 2 mil pessoas.

67. Com capacidade para 14 mil MW, sendo de 7 mil MW a parte brasileira.

68. Com capacidade para 8,4 mil MW.

69. Com capacidade para 3,4 mil MW.

70. Com capacidade para 3,1 mil MW.

O quadro da localização federativa da matriz hidrelétrica brasileira está sendo rapidamente alterado com o início da geração de usinas que se encontram em construção na Amazônia, o que traz a lume a diáde *exploração versus realocação de populações tradicionais*, em especial nas novas fronteiras econômicas brasileiras, como na Amazônia – reforçando o debate sobre rigidez locacional. Para o próximo lustro, deve iniciar a produção de energia nas Usinas Hidrelétricas (UHE) de Santo Antonio<sup>71</sup> e de Jirau,<sup>72</sup> ambas no Estado de Rondônia, e de Belo Monte<sup>73</sup> e São Luiz do Tapajós,<sup>74</sup> estas no Estado do Pará.

A mesma diferença entre o mapa político da federação brasileira e o da alocação dos recursos naturais não renováveis pode ser vista com relação à exploração de petróleo e gás, acrescentando que, neste caso, além da exploração em terra (conhecida no jargão petrolífero como *on shore*), existe a exploração marítima (conhecida como *offshore*).<sup>75</sup> A disputa federativa pelos *royalties* decorrentes da exploração *offshore* de petróleo e gás no Brasil, vem sendo escrita com cores fortes, como será tratado no capítulo IV deste trabalho. Isso se deve também ao fato de que, com a exploração da província petrolífera do pré-sal, o Brasil pode vir a se igualar ao Kuwait e ao Iraque em grandeza de reservas. No final de 2009, as maiores reservas petrolíferas comprovadas, estavam na Arábia Saudita (264,6 bilhões de barris<sup>76</sup>), Venezuela (172,3 bilhões de barris), Irã (137,6 bilhões de barris), Iraque (115,0 bilhões de barris) e Kuwait (101,5 bilhões de barris).<sup>77</sup> Considerando dados de 2011, 81% das reservas mundiais de petróleo encontram-se nas mãos dos 12 países produtores que compõem a Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP,<sup>78</sup> no acrônimo em português<sup>79</sup> –, da qual atualmente<sup>80</sup> fazem parte Qatar, Líbia, Emirados Árabes Unidos, Argélia, Equador, Angola, Irã, Iraque, Venezuela, Kuwait, Nigéria e Arábia Saudita,<sup>81</sup> com 1,200 bilhões

71. Com capacidade para 3,1 mil MW.

72. Com capacidade para 3,7 mil MW.

73. Com capacidade para 11,2 mil MW.

74. Com capacidade para 7,8 mil MW.

75. O Mapa do Petróleo no Brasil pode ser consultado em [http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round3/downloads/mapar3\\_a3.pdf](http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round3/downloads/mapar3_a3.pdf).

76. Para se saber o que é possível ser feito com um barril de petróleo, com cerca de 159 litros, ver José Lopes Velho, *Petróleo, dívida ou maldição...* cit., p. 287 e ss.

77. Paulo César Ribeiro Lima, *Pré-Sal. O novo marco legal e a capitalização da Petrobras*, Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 1.

78. Sobre o papel da Opep utilizando o petróleo como arma política, ver Imaly Baumflek, *O papel da Opep no cenário internacional*, in: Marilda Rosado (Coord.), *Estudos e pareceres – Direito do petróleo e gás*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 35-57.

79. Em língua inglesa, usa-se o acrônimo Opec – Organization of Petroleum Exporting Countries.

80. Antonio Marques dos Santos menciona que o bloco surgiu em 1960, por iniciativa da Venezuela, contando com outros quatro países desde a origem, Irã, Iraque, Kuwait, Arábia Saudita, crescendo o Qatar em 1961, a Líbia e a Indonésia em 1962 e Abu Dhabi em 1967 (substituído pelos Emirados Árabes Unidos, do qual faz parte), vindo os demais posteriormente (Recursos naturais e a independência nacional – O caso do petróleo, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra: Coimbra Ed., 1980, vol. 4, p. 19.

81. Disponível em: <[http://www.opec.org/opec\\_web/en/data\\_graphs/330.htm](http://www.opec.org/opec_web/en/data_graphs/330.htm)>. Último acesso em: 5 abr. 2013.

de barris, sendo os demais 19% correspondentes a 282 bilhões de barris.<sup>82</sup> A heterogeneidade dos países membros alcança diversos âmbitos: população, necessidades, quantidade de reservas de óleo, capacidade de produção de petróleo e rendas per capita. Há quem entenda nessa diversidade um sinal de fraqueza.<sup>83</sup>

A despeito de esses recursos naturais serem distribuídos ao longo do território brasileiro, na parte que a organização geopolítica atribui a cada Estado, estes só recebem a fração de compensações financeiras cobradas pela União, o que gera outros impasses de disputa de poder e de recursos.

### 2.1.5 *Rigidez locacional e o paradoxo econômico de desenvolvimento – incentivos fiscais e disputa pelos investimentos*

13. William Freire vê na rigidez locacional uma benesse, pois “fixa o homem ao campo, diminuindo o êxodo rural”.<sup>84</sup> O referido autor mineiro pode estar correto, mas não em tão grande medida, pois as atividades minerárias não são indústrias que usem mão de obra intensiva – exceto em sua fase de implantação do projeto econômico.

Nessa fase inicial, de implantação, o que se vê é um *paradoxo econômico de desenvolvimento*, pois é usual a concessão de incentivos fiscais e financeiros para atrair as empresas para a exploração daquela riqueza, o que significa menor arrecadação presente visando maior arrecadação futura. Todavia, como esses projetos significam a geração de muitos empregos nessa fase, há inegável atração de mão de obra, em especial para as necessárias obras de construção civil e rodoviária, com forte impacto nas necessidades públicas, pois a multidão que chega às pequenas localidades onde essas riquezas “brotam” requer maior gasto público com serviços de saneamento, educação, saúde, segurança, moradia e vários outros direitos sociais. Logo, é nessa fase em que os incentivos são concedidos que o Poder Público, usualmente o municipal, necessita de maiores recursos para fazer frente a essas novas demandas, que não geram novas receitas públicas de imediato.

Assim, o *paradoxo econômico do desenvolvimento* está presente em uma fase em que ocorre maior atração de mão de obra e menor arrecadação tributária. Poder-se-ia alegar que um maior número de pessoas gerará maior tributação, pois haverá maior circulação de mercadorias, gerando maior ICMS *indireto*, mesmo havendo a desoneração *direta* daquele empreendimento. Afinal, essa gama de pessoas aumentará o consumo de bens onde quer que venham a residir, e os salários são usualmente atrativos, em face daqueles localmente pagos. Essa premissa é verdadeira, contudo

82. É curioso notar que, em dados de 2007, coletados por Maria D’Assunção Costa, indicam que em 2007 a relação era de 78% das reservas com os países da OPEP e 22% para os não-OPEP (*Comentários à Lei do Petróleo...* cit., p. 22).

83. Esse apontamento pode ser visto no texto de Lisa Blaydes, *Rewarding Impatience: A Bargaining and Enforcement Model of Opec*, *International Organization*, Cambridge: Harvard University, vol. 58, n. 2, p. 213/238, spring 2004.

84. William Freire, *Natureza jurídica do consentimento para pesquisa mineral, do consentimento para lavra e do manifesto de mina no direito brasileiro*, Belo Horizonte: Ed. Mincira, 2005, p. 97, nota de rodapé 98.

sem efeitos práticos para fins do paradoxo aqui relatado. A arrecadação do ICMS pertence ao Estado, e não ao Município – certamente o mais impactado pela demanda de serviços públicos em face do influxo populacional ocorrido. Haverá, por certo, um aumento da parcela de ICMS que é distribuída pelos Estados entre os Municípios em face da majoração do Valor Adicionado Fiscal (VAF); todavia, trata-se de majoração insuficiente para fazer frente a tal impacto socioeconômico nas contas públicas. Esse fato – dentre vários outros que refogem ao escopo deste trabalho – indica que o sistema tributário brasileiro, concebido na década de 1960 e remendado várias vezes desde então, encontra-se inadaptado para a realidade brasileira das primeiras décadas do século XXI, devendo ser urgentemente modificado para atender às diferentes matrizes econômicas que se verifica em cada Estado ou região do país. A lógica deve ser a de adotar um sistema em que haja flexibilidade na unidade, e não um centralismo exacerbado e uma *camisa de força* de uniformidade normativa para regular situações econômicas completamente díspares, tais como a que se verifica entre os Estados de São Paulo e do Amapá. Há de haver um sistema, que seja *harmônico* e não *uniforme*.

Um exemplo ilustrativo pode ser visto na implantação de Usinas Hidrelétricas (UHE). Na fase de construção civil são mobilizados milhares de trabalhadores, mas nem um centavo de ICMS, *fruto de arrecadação direta da empresa construtora*, fica no Estado. E nada ficará quando a UHE estiver pronta e operando, pois o sistema tributário nacional acarreta que o ICMS da energia elétrica seja cobrado *no destino* e não *na origem*, em completa subversão do sistema geral vigente no país. Discorrer-se-á sobre esse ponto mais adiante, quando forem abordados os debates constituintes em que essa equação *político-financeira* foi gerada, produzindo os *royalties* sobre a exploração dos bens objeto deste trabalho. A circulação dos combustíveis derivados de petróleo segue esta mesma exceção federativa fiscal.

Logo, existe a contribuição da atividade extrativa minerária para o enfrentamento do êxodo rural – que é verdadeira, mas em baixo grau de intensidade e de perenidade, ocorrendo muito mais na fase inicial de implantação do projeto do que na fase de sua exploração/aproveitamento mineral. Está-se defronte muito mais de um *paradoxo econômico de desenvolvimento*, acima indicado em linhas gerais, que se caracteriza pela disputa protagonizada pelo poder público na atração do investimento privado, renunciando receitas públicas ou se comprometendo a realizar obras ou concessões visando à captura daquele empreendimento, e os problemas socioeconômicos gerados pelo poder público, que estará com os cofres murchos para enfrentar aquelas necessidades.

Na verdade, a *rigidez locacional* é uma característica na exploração desses recursos naturais não renováveis, o que distingue esta das demais atividades econômicas.

### 2.1.6 A armadilha da rigidez locacional

14. Essa rigidez locacional interna aos entes subnacionais organizados sob a forma de Federação complica ainda mais quando ocorre de as *competências normativas* serem rateadas entre os entes federados.

No caso brasileiro, a despeito das licenças para a exploração de minérios, petróleo e energia hidrelétrica serem de competência federal – afinal, são bens do patrimônio da União –, as licenças *ambientais* podem ser federais, estaduais ou municipais, o que rotineiramente cria um impasse, fruto de um jogo de pressão dos Estados, em uma área preñe de subjetivismo como é o direito ambiental. Isso gera a possibilidade de pressão pelos governos locais na disputa pelo licenciamento ambiental, em que obras de grande interesse para a União, isto é, para todo o povo brasileiro, são embargadas pela ação ambientalista local, algumas vezes usada como instrumento de interesses meramente arrecadatórios. Não raro, as empresas ficam reféns do governo local em face da rigidez locacional e da competência comum para matérias ambientais, à mercê de exigências que podem até ser justas, mas sem amparo legal. No sistema brasileiro atual, o interesse local aprisiona o interesse nacional.

É dentro dessa guerra por novas fontes de receita pública que alguns Estados da federação brasileira criaram taxas decorrentes do poder de polícia, resultantes de Fiscalização pela Exploração de Recursos Minerais – TFRM, buscando obter receita fiscal extra, decorrente da exploração dos recursos minerais da União, localizados em seus territórios. A constitucionalidade dessas taxas encontra-se sob análise no STF, ainda sem decisão final (Minas Gerais, Lei 19.976/2011,<sup>85</sup> Pará, Lei 7.591/2011,<sup>86</sup> e Amapá, Lei 1.613/2011<sup>87</sup>). No mesmo sentido o Estado do Rio de Janeiro, que propôs uma taxa para fiscalização da exploração de petróleo e gás natural em seu território, que foi transformado em Projeto de Lei pela Assembleia Legislativa daquele Estado e vetado na íntegra pelo Governador.<sup>89</sup> Exemplo mais antigo, porém inserido nesse mesmo contexto, foi a Lei 4.117/2003, do Estado do Rio de Janeiro, que visava à cobrança de ICMS sobre a extração de petróleo, à alíquota de 18%, antes de sua comercialização pelos usuários.<sup>90</sup>

85. ADI 4785, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

86. ADI 4786, rel. Min. Celso de Mello.

87. ADI 4787, rel. Min. Luiz Fux.

88. Sobre a análise de legalidade e constitucionalidade dessas normas, ver Fernando Facury Scalf 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 n. 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 n. 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 positiva outorgada pela Constituição Federal (arts. 23, XI e do Pará – 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 (TFRM) de Minas Gerais (aspectos materiais e formais)*, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética n. 204.

89. Sobre esse assunto, ver a reportagem publicada no seguinte link: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-16/governo-rio-veta-projeto-lei-cria-taxa-estadual-mineracao>>, último acesso em: 3 mar. 2013.

90. Essa lei gerou a ADI 3019, proposta pelo Procurador-Geral da República em 09.10.2003, rel. Min. Celso de Mello, e que até a presente data não foi julgada – último acesso em 8 abr. 2013. <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-08/adi-3019>>

Ocorre que tal *rigidez locacional*, que aprisiona as empresas que quiserem explorar os recursos naturais não renováveis à certa unidade federativa, também pode se revelar como uma armadilha a estes entes federados, pois devem ser levados em conta diversos fatores:

- a) Existe uma *disputa política* entre os entes federados para atração desses empreendimentos. Uma jazida pode estar situada de tal modo que sua exploração pode ocorrer a partir do Município de São Félix do Xingu ou de Dom Elizeu (ambos os municípios no Estado do Pará). Atrair o projeto econômico para um desses Municípios, pode levar o prefeito e seu bloco de poder aos píncaros da glória, o que gera a guerra fiscal e financeira entre essas unidades federadas – bastante semelhante ao que acontece na atração de investimentos com baixo nível de rigidez locacional.
- b) Existe uma disputa interna nas empresas para a obtenção de recursos, o que gera outro tipo de confrontação privada, de poder econômico e de influências internas à corporação empresarial. Dentro dessa seara, por exemplo, pode-se encontrar o seguinte debate: a empresa deve investir na extração do minério *bauxita* ou construir uma nova fábrica de processamento de suco de laranja no interior de São Paulo? Pode mesmo ocorrer essa disputa entre diferentes tipos de minério ou entre jazidas do mesmo minério em países ou continentes diferentes. Certamente entrará no cálculo econômico da empresa as diversas vantagens e ônus fiscais, financeiros, ambientais e outros que forem impactantes para esse investimento.

Logo, os entes federados, ao invés de estarem protegidos pela rigidez locacional, podem sofrer de uma espécie de *maldição da rigidez locacional*, ao estabelecerem exigências por demais onerosas que inviabilizem a atração do investimento.

Outro aspecto a ser considerado é que a exploração de Recursos Naturais Não Renováveis pode se caracterizar como uma espécie de *desperdício de recursos* (“*wasting assets*”) ou como uma *única subscrição* (“*once only endowment*”),<sup>91</sup> em face de sua exauribilidade e da necessária identificação do melhor momento para sua extração ou seu entesouramento. Isso somado à rigidez locacional e aos constantes ciclos econômicos que movem seus preços em face da escassez ou em decorrência dos avanços tecnológicos, gera uma atividade com uso intensivo de capital, baixo grau de previsibilidade econômica e geológica e com longa maturação para o retorno do investimento. Esse fato deixa essas atividades muito sujeitas a pressões políticas dos governos – locais,

stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2174160>. Sobre esse assunto, ler o texto de Marcus André Vinhas Catão, *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In) constitucionalidade da lei estadual (RJ) n. 4.117/03*, In: Marilda Rosado (Coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 531-542. No mesmo sentido, Carlos Henrique Tranjan Bechara e Ana Luisa Tavares Nobre Varella, *A inconstitucionalidade da exigência do ICMS sobre a atividade de extração de petróleo, nos moldes pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*, In: Heleno Taveira Torres; Marcos André Vinhas Catão (Coords.), *Tributação no setor de petróleo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 301 a 319.

91. *Mineral Royalties*. Nagpur: Indian Bureau of Mines, January/2011, p. 5-6. Disponível também em: <<http://ibm.nic.in/mineralroyalties2011.pdf>>.

regionais e nacionais – seja pelo aumento da arrecadação, seja pelo aumento da empregabilidade, ou ainda por mais investimentos ou melhor tecnologia na proteção ambiental. Sabendo-se que muitas vezes o minério encontrado pode ser explorado por várias gerações, essa atividade encontra-se sujeita à diversidade de humores políticos, por governos de partidos políticos distintos, que se alternam no poder. Ademais, em nenhuma outra indústria é tão difícil a transição do capital para outras inversões. O equipamento e instalações utilizadas na indústria do petróleo, da mineração, ou ainda na hidroenergética, dificilmente podem ser utilizados em outras atividades econômicas. Turbinas para geração de energia, galerias e instalações subterrâneas, plataformas de exploração de petróleo *offshore*, tudo isso se caracteriza como mais um aspecto de *rigidez do investimento*, que dificilmente pode ser trasladado para outra planta industrial ou diversa atividade econômica. Tratam-se de bens que são *taylor made* e não *prêt-à-porter*.

Esses fatos caracterizam a atividade minerária como uma de mais alto grau de concentração econômica e de internacionalização, pois as empresas se especializam na exploração de um (ou poucos) produto(s) minerais e o explora(m) ao redor do mundo, utilizando as mesmas técnicas aplicadas em um país para os demais, com as devidas adaptações. Contudo, mesmo havendo essa característica, subsiste uma espécie de “arqueologia empresarial” nesse setor, por meio da atividade garimpeira, que ainda predomina em alguns locais onde os veios permitem esse tipo de exploração, o que é feito de forma usualmente predatória, com uso de materiais muitas vezes inapropriados, como se pode ver na exploração de ouro por garimpeiros no Baixo Amazonas, com o uso de mercúrio, substância que compromete o meio ambiente.

A atividade obreira na mineração quase sempre se encontra sujeita a riscos específicos, que demandam muitas medidas protetivas, com custos sobreonerados. Há também a característica de utilização de mão de obra local, na grande maioria das vezes, o que demanda treinamento local de pessoal especializado.<sup>92</sup>

Todas estas considerações devem ser levadas em conta pelos entes federativos subnacionais, sob pena de serem enredados na *armadilha da rigidez locacional*, a qual certamente entra nos cálculos econômicos da decisão de investir por parte das empresas.

## 2.2 Que tipo de bens públicos são os Recursos Naturais Não Renováveis?

15. Bens são coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto de uma relação jurídica, assevera Maria Helena Diniz, ao dizer que “as coisas são o gênero do qual os bens são espécie”.<sup>93</sup>

O critério legal no sistema brasileiro é o estabelecido pelo Código Civil,<sup>94</sup> que os divide de acordo com a *titularidade do domínio*, podendo haver bens que são do *domínio público* e bens que são do *domínio privado*. Cingir-se-á a analisar os bens que se

92. Attilio Vivacqua, *A nova política do subsolo e o regime legal das minas*, Rio de Janeiro: Panamericana, 1942, p. 265-267.

93. *Curso de direito civil brasileiro*, 29. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, p. 361. No mesmo sentido Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado cit.*, t. II, p. 80-81.

94. Lei 10.406/2002 – arts. 98 a 103.

encontram no domínio público, que são aqueles considerados pelo Direito como de titularidade de pessoas jurídicas de direito público interno.

São bens públicos aqueles “bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.<sup>95</sup> Ancorado nesse conceito, é possível classificar os bens públicos como: a) bens de uso comum do povo; b) bens de uso especial e c) bens dominicais.<sup>96</sup>

Os bens de uso comum geram “direito do membro da coletividade a acessar esse uso (...), direito esse que não se afirma em moldes individuais, mas como típico direito coletivo de ordem pública”,<sup>97</sup> não integrando o patrimônio pessoal individual de quem quer que seja. Nas palavras de Pontes de Miranda, “o titular do direito sobre os bens (de uso comum), não é a pessoa de direito público – é o povo mesmo, posto que ao Estado cabe velar por eles (...). O uso comum é exercício de direito público; e não de direito privado”.<sup>98</sup>

Para Floriano de Azevedo Marques a afetação do bem a um uso especial confere exclusividade ao utente, com foco no interesse público, e seu usuário direto é o Poder Público, ainda que assim proceda em prol dos administrados, gerando prestações de serviços ou utilidades públicas.<sup>99</sup> Esses bens “pertencem privatisticamente ao Estado (...); apenas são destinados à administração e não a fins privatísticos”.<sup>100</sup>

Já os bens *dominiais* ou *dominicais* são classificados por exclusão das duas classes anteriores, e não possuem afetação direta a nenhuma utilidade pública, apenas indireta, pois têm a função de gerar receitas para os cofres públicos. No dizer de Cretella Júnior, são “bens privados do Estado, não afetados a nenhum serviço público”.<sup>101</sup> Odete Medauar destaca com propriedade, que:

“O beneficiário direto de tais bens é a própria Administração; inexistente consumo imediato dos particulares; poderiam ser denominados de bens meios, porque são aqueles que mais diretamente instrumentalizam as atividades administrativas, Muitos desses bens propiciam recursos aos entes estatais.”<sup>102</sup>

O Código Civil adota uma prática bastante controversa ao exemplificar cada qual dos itens dessa classificação, ao invés de defini-los.<sup>103</sup> Basta ver que, para definir como

95. CC, art. 98.

96. CC, art. 99.

97. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Bens públicos – Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202.

98. *Tratado de direito privado* cit., t. II, p. 201-202.

99. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Bens públicos...* cit., p. 215.

100. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., t. II, p. 202.

101. José Cretella Júnior. *Dos bens públicos no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 82.

102. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 280.

103. As críticas a esse tipo de classificação são bastante acerbas no trabalho de Floriano de Azevedo Marques Neto, *Bens públicos...* cit., p. 104-116. Remeto a esse autor quem tiver interesse nesse debate. Menciona ainda que a doutrina administrativista segue outro diapasão, denominado *funcionalista* ou *objetivo*, para o qual pouco importa quem seja o titular do domínio do bem. Para essa corrente, segundo este autor, o relevo é posto na *essencialidade* e na *indispensabilidade* do bem para o cumpri-

bens de uso comum do povo, usa exemplos: “(...), tais como rios, mares, estradas, ruas e praças”. E para os de uso especial menciona, ainda de forma exclusivamente exemplificativa: “... tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias”. Apenas ao definir os dominicais, também denominados pela doutrina de *dominiais* ou *patrimoniais*, é que esboça uma definição, ao dizer que são aqueles “que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”. Não importa para qual função estejam sendo usados os bens dominicais; sua função é auferir receitas para os cofres públicos.

O Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União,<sup>104</sup> já revogado, adotava classificação mais precisa em seus arts. 803 a 806. Embora seguindo a mesma classificação do precedente Código Civil, em tudo semelhante ao do Código Civil atual, determinava que os bens seriam *patrimoniais indisponíveis* (os de uso comum) e *patrimoniais disponíveis* (os especiais e dominicais), o que só poderia acontecer “nos casos e pela forma que a lei prescrever”.

Classificando-se pela *titularidade*, pode-se distinguir, com base na Constituição, bens públicos da União,<sup>105</sup> dos Estados,<sup>106</sup> dos Municípios,<sup>107</sup> do Distrito Federal,<sup>108</sup> e de outros entes públicos descentralizados, tais como as autarquias e os consórcios multifederados.<sup>109</sup>

Todavia, essas classificações não são suficientes para dar conta da multiplicidade de situações concretas, podendo os bens públicos ainda ser classificados, tal como todos os demais bens, em: móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, tangíveis ou intangíveis, consumíveis ou inconsumíveis, divisíveis ou indivisíveis, singulares ou coletivos, dentre outras possibilidades.

16. Olhando essas classificações, pode-se dizer que os Recursos Naturais Não Renováveis, já identificados como petróleo, gás, os potenciais de energia hidráulica<sup>110</sup> e minérios, se classificados de acordo com a *titularidade*, são bens de propriedade da União; e se classificados de acordo com a *afetação*, possuem a característica de serem bens *dominicais*.<sup>111</sup>

Debate interessante é o de se classificar os Recursos Naturais Não Renováveis como bens móveis ou imóveis. Enquanto bens inertes são inegavelmente imóveis, mas uma

mento da função pública a ele atribuída, havendo, para tanto, a necessidade de analisar a questão da afetação do bem às finalidades públicas a ele atribuídas pelo ordenamento jurídico (p. 120).

104. Decreto 15.783/22.

105. Art. 20 da CF.

106. Art. 26 da CF.

107. Art. 26, II, da CF, por exclusão.

108. Que acumula as competências estaduais e municipais.

109. Art. 241 da CF.

110. Respeitada a observação anteriormente efetuada de que estes potenciais são renováveis.

111. O debate jurisprudencial e doutrinário existente acerca desta classificação será abordado em tópico específico.

vez retirados de seu estado natural, transformam-se em bens móveis. Por isso, pode-se afirmar que tanto jazidas quanto minas são bens imóveis – mais uma vez volta à tona a questão da rigidez locacional –, sendo jazida considerada como uma “reserva mineral em seu estado natural”,<sup>112</sup> ou ainda “reserva mineral técnica, econômica e ambientalmente viável”.<sup>113</sup> E a jazida se transforma em mina quando passa a ser economicamente explorada.<sup>114</sup>

Só quando o minério é extraído é que se transforma em bem móvel, sendo considerado como “parte integrante não essencial”<sup>115</sup> dos imóveis, conforme estabelece o art. 79 do Código Civil,<sup>116</sup> pois são objeto de direito autônomo em face daqueles em razão dos arts. 1.229<sup>117</sup> e 1.230<sup>118</sup> da mesma codificação e dos arts. 20, I, VIII e IX c/c o art. 176, *caput*, da CF Afinal, o que o Direito brasileiro estabelece no sistema dominial de exploração mineral, atualmente vigente, não é a separação entre solo e subsolo, mas a separação entre a superfície do solo e as riquezas minerais nele constantes. Nesse sentido, Maria Helena Diniz bem ilustra o debate:

“Quanto às demais hipóteses, p. ex., construções de passagens, de garagens subterrâneas, adegas, porões etc., o dono do solo será também o do subsolo, conforme prevê o art. 1.229 do Código Civil, recepcionado pela Lei Maior, no que concerne às hipóteses por ela não albergadas.”<sup>119</sup>

O mesmo sentido é exposto por José Afonso da Silva ao mencionar que,

“por princípio, a propriedade do solo abrange a do subsolo, em toda a profundidade útil ao seu exercício (CC, art. 1229). Esse princípio prevalece em face da atual Constituição. Esta, contudo, expressamente inclui entre os bens da União, no art. 20, VIII, IX e X, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, e os potenciais de energia hidráulica.”<sup>120</sup>

112. William Freire, *Natureza jurídica...* cit., p. 97.

113. William Freire, *Natureza jurídica...* cit., p. 99.

114. Embora não seja o foco do tópico em análise, cabe referir a diferença entre os conceitos de substância, recurso e produto mineral. Substância mineral é gênero que possui duas espécies: o recurso mineral, entendido como a substância ainda não lavrada, ou seja, a substância *in situ*; e o produto mineral, que se caracteriza pela substância lavrada, já destinada à distribuição, comércio e consumo. Esta distinção encontra-se bem explicitada pelo STJ no acórdão 756.530, no qual foi relator o Ministro Teori Zavascki.

115. No caso, ver: Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado* cit., t. II, p. 112-115. E também na p. 170: “A mina é parte integrante não essencial; descoberta e explorada, de acordo com a lei, separa-se, faz-se à parte, distinta”.

116. Art. 79 do Código Civil: “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.”

117. “Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.”

118. “Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.”

119. *Curso de direito civil brasileiro* cit., vol. 1, p. 370.

120. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 815.

Observa-se que não se há de considerar os minérios como frutos, pois não podem ser repostos. Ruy Barbosa, exarando Parecer em rumoroso caso ocorrido no início do século XX, afirmou com precisão: “Os minerais não são frutos. Porque o caráter específico dos frutos é a reprodução periódica. Sem periodicidade, ou, quando menos, sem possibilidade ou expectativa de reprodução, não há frutos. Rigorosamente falando, nem produtos se podem chamar os minerais”.<sup>121</sup>

Os minerais extraídos podem também ser classificados como bens fungíveis, divisíveis e singulares. E também podem ser tangíveis (quando as reservas já foram identificadas e mensuradas) e intangíveis (quando as reservas ainda são desconhecidas, mas declaradas como bem público por força da legislação).

Outro aspecto de extrema importância é o fato de serem os Recursos Naturais Não Renováveis bens consumíveis. Considerando-se que os Recursos Naturais Não Renováveis são bens móveis, “partes integrantes não essenciais” dos imóveis, pois possuem direito autônomo em face desses, pode-se afirmar sua consuntibilidade. Observe-se que o fato de serem consumíveis não é a mesma coisa que afirmar serem esgotáveis – são conceitos correlatos, mas não idênticos. Muitos são os bens consumíveis, industrializados ou naturais, dentre esses os renováveis ou não renováveis. Só estes últimos, porém, são exauríveis – podem se esgotar da face da terra, mesmo sendo equilibrado seu consumo. Logo, os Recursos Naturais Não Renováveis são bens públicos consumíveis<sup>122</sup> e exauríveis.

17. Será o subsolo brasileiro estatizado? É inegável que os “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”, conforme texto expresso do *caput* do art. 176 da CF. Essa norma não declara que todo o subsolo pátrio é da União. Uma leitura atenta demonstrará que o critério geral é que os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, quando utilizados para exploração ou aproveitamento, se destacarão da propriedade e pertencerão à União, estejam no solo ou no subsolo. Portanto, são bens (públicos) da União, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII, da CF), os recursos minerais (art. 20, IX, da CF), bem como o petróleo (que, dentre outros, pode ser enquadrado no inciso I do art. 20, da CF), estejam eles no solo, no subsolo, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva (art. 20, V, da CF) ou no mar territorial (art. 20, VI, da CF).

121. A íntegra dos Pareceres exarados no caso podem ser consultados na obra *As areias monazíticas e sua exploração em terrenos de marinha aforados pela União*, Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1904, p. 92. Esta obra foi consultada a partir da base de dados do Senado Federal, pelo site: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/177247/1/as%20areias%20monaziticas.pdf>>, último acesso em: 17 abr. 2013. O ponto em debate era centrado no seguinte aspecto: o enfiteuta poderia mineração? Ou a retirada dos minérios acarretaria o perecimento do bem dado em enfiteuse e mudaria a relação econômica do foro cobrado? Esse debate era particularmente interessante em face do sistema de acesso que vigorava naquela época, quando o proprietário do solo era também proprietário das riquezas minerais nele encerradas.

122. Esse aspecto de sua consuntibilidade é muito importante para caracterizar a receita deles advinda como *royalty*, conforme será adiante demonstrado.

O Código Civil segue a mesma linha, nos arts. 1.229 e 1.230. E a Constituição assegura ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra, na forma da lei (art. 176, § 2.º), seja esta realizada no solo ou no subsolo.

Portanto, não foi estatizado o subsolo brasileiro, mas apenas esses recursos naturais não renováveis, estejam eles no solo ou no subsolo.

### 2.2.1 A Emenda Constitucional 9/1995 e o debate na ADI 3.273, rel. Min. Eros Grau

18. Um dos debates mais interessantes sobre bens públicos e sua titularidade ocorreu na ADI 3.273, proposta pelo Governador do Estado do Paraná contra artigos da Lei 9.478/1997, que instituiu o regime de concessão para a exploração de petróleo no Brasil, na sequência da quebra do sistema de monopólio da Petrobras. Este debate gira, em especial, sobre o art. 26, assim grafado:

“Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.” (grifos apostos)

Buscava-se a declaração de inconstitucionalidade da expressão “conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos”. O foco do debate era saber se o monopólio estabelecido pela Constituição na União, na redação pós-Emenda 9, de 1995,<sup>123</sup> em especial do § 1.º daquela norma, permitia que o petróleo extraído se tornasse propriedade da empresa extratora (ou “contratada”, ou “concessionária”, terminologias também usadas e discutidas naquele julgamento).<sup>124</sup>

Na petição inicial,<sup>125</sup> o argumento pela inconstitucionalidade de trecho do art. 26 da Lei 9.478/1997 era que “o termo monopólio tem um sentido unívoco que condiz com a exclusividade na titularização de um produto ou serviço”, e que a frase atacada pela ADI, “confere titularidade do petróleo extraído a pessoa diversa

123. “Art. 177. Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 49, de 2006). § 1.º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995)

124. Ver item 2.2 do Capítulo II, “Breve nota sobre a expressão concessão mineral”

125. Obtida junto ao site do STF: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2236044>>, acesso em: 6 jan. 2013.

da União, (...) pois haverá mais de uma pessoa comercializando o produto, a título próprio.”

Diz ainda, quanto a esse tópico, que

“o art. 177 da Constituição Federal deve ser interpretado em ligação com o art. 20, incisos V e IX do mesmo Diploma, normas que declaram pertencer à União ‘os recursos minerais, inclusive do subsolo’ e ‘os recursos naturais da plataforma outrem a propriedade desses bens, com o que a União pudesse transferir a salva no próprio texto constitucional, o que não ocorre no art. 177, mas apenas no art. 176.”

O Relator originário da ADI foi o Ministro Carlos Ayres, que restou vencido ao lado do Ministro Marco Aurélio.<sup>126</sup> O líder da divergência foi o Ministro Eros Grau, que se tornou, portanto, relator para o acórdão. O julgamento se iniciou em 16.09.2004 e findou em 16.03.2005.

Dois aspectos que dizem respeito ao tema aqui abordado devem ser destacados nesse debate: (a) o petróleo é um bem público comum, especial ou dominical? e (b) o regime de monopólio permite ou impede que o produto da exploração pertença a quem extrai o bem?

19. Inicia-se analisando que tipo de bem público é o petróleo, e, em sua sequência, os demais Recursos Naturais Não Renováveis. Régis Fernandes de Oliveira assenta que “a relação que se forma entre o Poder Público e seus bens é de propriedade. Não é propriedade regida pelo direito privado, mas o que se denomina de *propriedade administrativa*, o que lhe dá o direito de dela retirar as utilidades econômicas”.<sup>127</sup> E prossegue: “A origem de todo patrimônio do Poder Público advém de terras, prédios, bens móveis e semoventes que historicamente eram terras, minas, florestas e rebanhos.”<sup>128</sup>

O debate sobre esse tópico naquele julgamento surgiu no voto do Min. Marco Aurélio, não tendo sido abordado nem na petição inicial, nem no Voto do Relator originário, Min. Carlos Ayres. Afirmou o Min. Marco Aurélio:

“Sendo o petróleo um bem público especial, o Estado não pode dele dispor ao livre arbítrio. Primeiro, em razão de possuir destinação específica, que é atender as necessidades de consumo do mercado interno (...) Segundo, pelo fato de o petróleo não se caracterizar como uma simples mercadoria, uma *commodity*, porque é um bem estratégico que se traduz em soberania.”<sup>129</sup>

(...)

126. O Min. Joaquim Barbosa também foi vencido, mas sobre outro tópico da ADI que estava sendo contestado. Sobre o art. 26, votou com a maioria.

127. Régis Fernandes de Oliveira, *Receitas não tributárias (taxas e preços públicos)*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 122.

128. Régis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 192.

129. Acórdão da ADI 3.273, p. 190.

Não pode ser considerado um bem público dominical, uma vez que, diferentemente dos que compõem tal classe, possui destinação pública específica. Cumpre analisar a cabeça do art. 173, presente o inteiro teor do art. 177 da Constituição Federal.<sup>130</sup>

(...)

A possibilidade de se empregar um bem público estratégico para fins de exploração econômica, obtendo vultosos lucros, enquadra-se na modalidade de uso especial. Eis a razão por que deverá haver um contrato, por meio do qual a Administração Pública manifestará expressa concordância com a exploração econômica do bem público por terceiros, para atender também a fins particulares, tendo ainda de ser precedido de licitação, em obediência à moralidade e à impessoalidade que devem pautar as atividades do Governo.

Assim, conclui-se que o petróleo é um bem público especial, a ser explorado pela União diretamente – caso de uso comum – ou por empresas particulares – hipótese de uso especial.<sup>131</sup>

Esse argumento foi afastado pelo líder da divergência, Min. Eros Grau, em breves palavras:

“É surpreendente que um mesmo *bem público especial* (não dominial), possa ser, concomitantemente, bem de *uso comum* da União e bem de *uso especial* por empresas particulares...

Além disso, se fosse bem de uso especial, o petróleo – como todos os bens de uso comum e de uso especial – seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação, isto é, enquanto afetado à sua destinação; apenas poderia ser alienado ao ser desafetado. Como o que o caracterizaria como de uso especial seria a proteção do interesse coletivo e a soberania nacional, a sua desafetação implicaria precisamente que ele já não se prestasse a prover essa proteção... A concepção do petróleo como bem de uso especial conduz à conclusão lógica, porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável! Nada mais é necessário dizer neste apartado”<sup>132</sup> (grifos e reticências do original).

Segue-se a corrente majoritária nesse passo, pois não se encontra como justificar, com base no direito positivo, a corrente minoritária. Conforme a classificação legal dos bens públicos estabelecida pelo Código Civil, já discutida acima, os bens podem ser de *uso comum*, *especial* ou *dominical*.

Os bens de *uso comum* pressupõem seu uso por qualquer do povo; podem ser formalmente do Estado, mas, na realidade, seu uso pode ser atribuído a todos os brasileiros. São as praias, o espaço aéreo etc.

Os bens de *uso especial* são aqueles afetados patrimonialmente ao Estado, seja qual for o ente federativo a que ele estiver vinculado. Nesse rol encontram-se tanto o prédio da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Largo de São Fran-

130. ADI 3.273, p. 195.

131. ADI 3.273, p. 199-200.

132. ADI 3.273, p. 208.

cisco, como o Palácio dos Bandeirantes, no Morumbi, ambos na cidade de São Paulo, Estado do mesmo nome, quanto o Palácio Lauro Sodré, na cidade de Belém, Estado do Pará. Todos esses bens públicos estão afetados ao uso de uma finalidade pública e são considerados patrimonialmente como bens próprios dos correspondentes entes federativos.<sup>133</sup>

E os bens *dominicais* são aqueles que o ente público possui como propriedade de direito privado – móveis, veículos, utensílios, equipamentos, material de consumo etc.

Gilberto Bercovici enquadra o petróleo e os recursos minerais como “bens públicos de uso especial, bens indisponíveis cuja destinação pública está definida constitucionalmente: a exploração e aproveitamento de seus potenciais. A exploração do petróleo e dos recursos minerais está vinculada aos objetivos fundamentais dos arts. 3.º, 170 e 219 da Constituição de 1988, ou seja, o desenvolvimento, a redução das desigualdades e a garantia da soberania econômica nacional. Trata-se de um patrimônio nacional irrenunciável”.<sup>134</sup> Menciona ainda Bercovici que esses bens são inalienáveis, tanto que só podem ser alienados por meio de *concessão constitutiva* (aquela em que “o poder concedente outorga poderes para o concessionário utilizar ou explorar um bem público, embora conserve seu domínio”), e não de *concessão translativa* (“como a de prestação de serviços públicos, quando o poder concedente atribui poderes e deveres ao concessionário para que os exerça em seu lugar”<sup>135</sup>). Menciona ainda que a “alienabilidade prevista no art. 176 da Constituição é exceção, por isso expressa”, sendo, portanto, a natureza jurídica do contrato de exploração de petróleo, assim como o contrato de concessão de lavra mineral, “um contrato de concessão de uso de exploração de bens públicos indisponíveis”.<sup>136</sup>

Concorda-se que se trata de um patrimônio público estrategicamente importante para qualquer país, conforme adiante será explicitado. Quanto às vinculações mencionadas, subscrevo o entendimento de Maria Sylvania Di Pietro, que alerta para o fato de que os bens públicos, qualquer que seja seu enquadramento, estão vinculados intrinsecamente ao exercício da função social da propriedade. Aliás, ancorada na doutrina italiana, bem lembra que o patrimônio público não apenas *tem* função social, ele é a própria função social.<sup>137</sup> No mesmo sentido, Gilberto Bercovici, ao afirmar que “a

133. É curioso notar que a União gasta mais em locação do que recebe em aluguéis, embora tenha vasto patrimônio imobiliário. Aqui o debate é sobre adequação do patrimônio às finalidades pretendidas – o que tem correlação com o conceito de *bens de uso especial*, pois terrenos de marinha (que fazem parte do patrimônio da União) não são adequados, via de regra, para a instalação e órgãos de governo. Sobre a notícia do gasto com locações ver o site: <[www.contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/no.DetalheNoticias.aspx?Id=1186&AspxAutoDetectCookieSupport=1](http://www.contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/no.DetalheNoticias.aspx?Id=1186&AspxAutoDetectCookieSupport=1)>, último acesso em: 2 mar. 2013. A notícia está intitulada: *União pagou em locação de imóveis o dobro do arrecadado em aluguéis*. Da reportagem se extrai: “Em 2012, o valor arrecadado com os aluguéis e arrendamentos ficou na casa de R\$ 500 milhões, enquanto as despesas com locação de imóveis no Brasil e no exterior, para abrigar servidores do Executivo, Legislativo e Judiciário custou R\$ 1 bilhão aos cofres públicos”.

134. *O direito econômico do petróleo...* cit., p. 289-290.

135. *O direito econômico do petróleo...* cit., p. 290.

136. *O direito econômico do petróleo...* cit., p. 291.

137. *Uso privativo de bem público por particular*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

função social é a justificativa e a determinação da própria existência da propriedade pública".<sup>138</sup>

Entende-se inadequada a corrente que vê os Recursos Naturais Não Renováveis, petróleo dentre eles, como um bem de uso especial no sentido preconizado pelo Código Civil. Trata-se de um bem estratégico,<sup>139</sup> em face de sua escassez, de seu potencial energético, de ser não renovável (ou exaurível), é até mesmo um bem que deve ter finalidade específica e primordial de abastecimento do mercado interno<sup>140</sup> – tudo isso é compreensível e se constitui em relevantíssima característica desses bens públicos. Mas não se segue a linha de classificá-los como *bens de uso especial* à luz dos critérios jurídicos positivados pelo direito brasileiro em face de todas essas características. E nem se vê como enquadrá-los como *bens de uso comum*, conforme os critérios do Código Civil, como, de certa forma, entendeu Fábio Konder Comparato. A bem da verdade, o que Comparato alegava não parece ter exatamente um sentido jurídico técnico-formal, enquadrável na classificação do Código Civil. O que ele buscava demonstrar durante o julgamento que então estava em curso, do qual resultou a ADI sob comento, era que o bem "petróleo" não representava apenas um patrimônio, no sentido civilista, mas uma questão de soberania.<sup>141</sup>

Quer-nos parecer que se trata de um bem móvel, fungível, não renovável (exaurível), estratégico, mas, sob a ótica da classificação legal, um bem dominical.<sup>142</sup> Se a União vai vendê-lo mais barato ou mais caro, se vai apresentar uma prestação de contas mensal ou anual, se o preço será fixo ou *ad valorem*, se o pagamento se dará em óleo ou em

138. *O direito econômico do petróleo...* cit., p. 287.

139. É interessante pinçar do voto do Ministro Marco Aurélio o argumento acerca do preço do barril de petróleo. As fls. 183 menciona que "no dia 24 de outubro de 2004, na Bolsa Mercantil de Nova Iorque, atingiu a marca de US\$ 55,67". No primeiro trimestre de 2013 o preço do barril de petróleo gira em torno de US\$ 120,00. Ou seja, aproximadamente o dobro, em dólares, em nove anos.

140. Há norma constitucional determinando que lei estabeleça a garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional (art. 177, § 2.º, I).

141. Eis o texto: "Ora, a disponibilidade de petróleo é hoje, como ninguém ignora, questão altamente estratégica, pois a disputa pelo acesso a essa fonte de energia, cuja escassez começará a se fazer sentir dentro de poucas décadas, acha-se no centro de uma verdadeira conflagração mundial, gerando guerras e golpes de Estado em várias partes do globo. Ao disputarem o acesso a essa fonte de poder, quando localizada em território estrangeiro, as grandes potências não hesitam em lançar mão de todos os meios, do suborno de chefes de Estado à invasão armada. É nessa perspectiva global que deve ser interpretado o monopólio instituído pela Constituição nessa matéria. Soberania é poder. E poder não se abandona nem se vende. O petróleo, na verdade, não pertence à União. Pertence à nação brasileira. Seria um escárnio que as autoridades federais, a quem compete primariamente a defesa da nossa soberania, tivessem, por razões rasteiramente financeiras, a licença de leiloar o patrimônio da nação." *Folha de S. Paulo*, 24.09.2004, p. A3. Em artigo posterior ao julgamento, Comparato segue o mesmo raciocínio, embora constantemente interrompido pelos gracejos tolos do ministro Nelson Jobim. Quando a Constituição declara que a União tem o monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, ela está implicitamente afirmando que tais jazidas pertencem à nação brasileira, sendo a União mera gestora – e, pelo visto, improba gestora – dessa riqueza nacional". *Folha de S. Paulo*, 26.04.2005, p. A3.

142. Apenas para prevenir eventuais dúvidas, registro que as minas e jazidas são bens imóveis, mas o minério é um bem móvel.

dinheiro, tudo isso são variáveis de uma mesma situação fática, concreta – trata-se de um bem dominical, pois pertencente ao patrimônio da União, por força de norma constitucional, que dele possui titularidade como se bem privado fosse e cuja finalidade é carrear recursos aos cofres públicos, abastecido prioritariamente o mercado interno.<sup>143</sup> Sua gestão deve ser inegavelmente feita em proveito do país – como a de todos os bens públicos –, o que não gera a descaracterização de seu tipo para fins de enquadramento na classificação do direito positivo brasileiro. Seguramente, devem ser incluídas nas normas e contratos referentes à exploração desses recursos naturais, e outras situações semelhantes, mas isso não desnatura a característica essencial do bem perante o direito positivo brasileiro.

E, como todos os bens públicos, pode ser alienado, desde que desafetado à função pública que lhe tenha sido atribuída – no caso dos bens dominicais, a função pública precípua que lhes incumbe é a de auferir receitas para os cofres públicos, respeitado o prioritário abastecimento do mercado interno. *A alienação dos bens dominicais é da essência do conceito.*

Maria Sylvia Di Pietro destaca que esses bens dominicais,

"também chamados de *bens do patrimônio privado do Estado*, destinam-se a produzir renda (receita originária) e tem como característica a alienabilidade. Em consequência, não são considerados coisas fora do comércio, podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, locação, arrendamento, comodato, *observadas, porém, as derogações e limitações impostas pelo direito público.* (...); mas essa aplicação do direito privado nunca se dá em sua pureza, porque tem que ser observadas as derogações, maiores ou menores, feitas por normas de direito público. Nesses casos, o interesse público é apenas indireto, assegurando a obtenção de renda ao Estado e permitindo a adequada exploração do patrimônio público, no interesse de todos, porém sem impedir que o Poder Público se utilize de suas prerrogativas, especialmente do poder de revogar o ato ou rescindir o contrato por motivo de interesse público devidamente motivado."<sup>144</sup>

Importante afirmar que a exploração de Recursos Naturais Não Renováveis tem que receber da legislação uma consideração diferenciada, seja em face do patrimônio, seja em face das receitas dele advindas, que devem ser utilizadas de forma a melhor atender ao interesse da sociedade – verdadeira titular "política" das riquezas mencionadas, que, por serem exauríveis, devem ter em conta na análise a questão das futuras gerações, aspecto que será exposto adiante. É mais interessante entesourar dinheiro ou patrimônio? Qual o melhor momento político-econômico para usufruir desse patrimônio natural não renovável? Por esse motivo, entende-se ser de suma importância a análise do uso dos recursos advindos da venda/exploração dos Recursos Naturais Não Renováveis. Trata-se da difícil decisão de política econômica entre explorar o patrimônio público no ritmo e na ocasião estratégicas, transformando-o em receita

143. CF, art. 177, § 2.º, I.

144. *Uso privativo...* cit., p. 144-146.

pública, ou entesourar o patrimônio e aguardar a melhor hora para sua adequada exploração. Esta relevância, todavia, não descaracteriza estes bens como *dominicais*, embora devam ser tratados como estratégicos, seja no âmbito da velocidade da exploração desse patrimônio, sejam as receitas dele advindas.

20. O outro aspecto de suma importância decorrente daquela ADI é saber se a existência de monopólio, na forma estabelecida pela Emenda Constitucional 9/1995, é condizente com a apropriação do produto da exploração. Nesse passo, o alerta feito em 1954 por Pontes de Miranda é bem adequado: “Se bem que às vezes se entrelacem a história do direito de propriedade do solo e a história do direito do Estado a permitir a exploração, as duas linhas históricas partem de momentos diferentes, e não raro se separam, prosseguindo sozinhas<sup>145</sup>”. Esse tópico tem a ver com o debate entre autorização do Estado para o exercício de atividade econômica e a titularidade do bem.

A melhor síntese dos argumentos a favor da inconstitucionalidade daquele trecho do art. 26 da Lei 9.478/1997 foi escrita por Fábio Konder Comparato em artigo divulgado no curso daquele julgamento pelo STF:

“Em primeiro lugar, como é óbvio, o que se espera e o que se exige do mais alto tribunal da República, no caso, é que ele julgue a lei à luz da Constituição, e não em função do que os parlamentares teriam pensado ou imaginado no momento em que a votaram. Em segundo lugar, não se cuida, no caso, de uma atividade de serviço, mas sim de uma indústria extrativa. Nesta, excluir o produto final do monopólio é esvaziá-lo totalmente de sentido. Em terceiro lugar, monopólio não se confunde com autorização administrativa para exercício de atividade econômica. À União Federal, por exemplo, compete autorizar o funcionamento de instituições financeiras no país. Mas nunca, que se saiba, para alívio da Febraban, nem mesmo no meio mais furiosamente estatizante do país, ninguém ousou interpretar essa competência federal como modalidade de exercício de um monopólio. É exatamente por isso que o parágrafo 1.º do art. 177 da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995, determina que a União “poderá contratar” a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. As empresas contratadas devem agir em nome e por conta da União, sendo pagas pelos serviços prestados. Mais nada. Elas não podem assumir o risco do negócio, que definitivamente não é delas. Introduzir o contrato de risco num regime de monopólio representa uma contradição insolúvel. Se se tratasse, ao contrário, de simples autorização administrativa de exercício de atividades, a União não contrataria empresa nenhuma para fazer o serviço: cada qual, de acordo com o princípio da livre iniciativa, atuaria por conta própria, quando muito sob a fiscalização do poder autorizador.”<sup>146</sup>

O sentido acima exposto foi, em largas linhas, o mesmo seguido na petição inicial e pelos Ministros Carlos Ayres, Relator originário, e Marco Aurélio,<sup>147</sup> ambos vencidos.

145. *Tratado de direito privado cit.*, t. II, p. 163.

146. *Folha de S. Paulo*, 24.09.2004, p. A3.

147. O voto do Min. Marco Aurélio, é esclarecedor acerca de sua posição: “Em momento algum houve quebra do monopólio, mesmo porque a própria redação do art. 177, cabeça, remete a tal fato, permitindo

O voto líder da divergência, do Min. Eros Grau, seguiu trilha oposta, distinguindo o que é *monopólio de atividade* do que é *propriedade*, *verbis*:<sup>148</sup>

“O conceito de monopólio efetivamente não se presta a explicitar características da propriedade, de modo que não cabe aludirmos a *monopólio de propriedade*. Na medida em que *erga omnes*, a propriedade é sempre exclusiva. Isso significa que o conceito de propriedade porta em si a exclusividade (= monopólio) do domínio do bem pelo seu titular. Por isso são redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio de um bem’.”

Proseguiu o Min. Grau argumentando ser plenamente possível a existência de monopólio da União a ser exercido mediante a utilização da propriedade de outrem.<sup>149</sup> E que a propriedade do produto da lavra das jazidas minerais é inerente ao modo de produção social capitalista. A concessão seria materialmente impossível sem que houvesse essa apropriação do produto da jazida. “O que não cabe”, escreveu, “é reduzir as contratações com empresas estatais ou privadas, nos termos do pará. 1.º, do art. 177 da Constituição do Brasil, ao modelo de prestação de serviços”.<sup>150</sup> Afirmou que o art. 176 garantiu ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração, sem nenhuma restrição, mesmo sendo o produto de propriedade da União, motivo pelo qual “existindo concessão de lavra regularmente outorgada, a propriedade sobre o produto da exploração é plena”. “É erro nefando o de confundir os recursos minerais – inclusive os do subsolo, que são bens da União – isto é, as jazidas, com o que se extrai delas<sup>151</sup>”. E, ainda segundo o voto, remanesce a possibilidade de ser protegido o interesse público, pois “o contratado detém a propriedade do produto, mas não é titular da sua livre disponibilidade”.<sup>152</sup>

Após o voto do Min. Relator, destaca-se o do Min. Carlos Mário, que bem sintetizou a posição da maioria no julgamento:<sup>153</sup>

“Parece-me evidente que a Emenda 9 flexibilizou o regime de exploração do petróleo, autorizando ao legislador ordinário fixar por lei as condições sobre as quais os contratos serão realizados. Assim está na nova redação do pará. 1.º

(...)

Caindo essa possibilidade de aplicação ao petróleo da parte final do art. 176 da Constituição Federal, ter-se-á como legítima a aplicação ao petróleo da regra

o sentido jurídico-constitucional do parágrafo. O controle continua pertencendo à União. Apenas a partir da Emenda Constitucional 9, a execução das operações deixou de ser exclusiva da Petrobras, mediante contrato de prestação de de modo que atualmente pode ser efetuada por outras empresas, mediante contrato de prestação de serviços. (...) Isso significa que, terminada a fase de pesquisa e de exploração, uma vez descoberto o campo, a contratante já prestou o serviço para o qual foi contratada, podendo retirar-se da área ou nela continuar, sem a perda, pela União, da propriedade alcançada” (ADI 3.273, p. 188-189).

148. ADI 3.273, p. 216.

149. ADI 3.273, p. 219.

150. ADI 3.273, p. 219-220.

151. ADI 3.273, p. 225.

152. ADI 3.273, p. 226.

153. ADI 3.273, p. 251-252.

constitucional que assegura ao concessionário dos direitos de lavra a propriedade do produto extraído. Pode, portanto, o legislador ordinário estabelecer regras de transferência de propriedade, da União para o concessionário, do petróleo pelo concessionário extraído."

Esclarecedor foi o voto do Ministro Nelson Jobim, que revelou ter sido o autor dos projetos de Emendas Constitucionais 6 e 9, de 1995, quando ainda Ministro da Justiça do Presidente Fernando Henrique Cardoso:<sup>154</sup>

"Quero deixar claro o seguinte: não se leia, no art. 177, parágrafo 1.º, que ele tenha estendido todo o regime do art. 176. (...), porque, depois, pode-se entender que todos os contratos teriam que atribuir o produto da lavra. Não. Uma das alternativas é essa. No caso do art. 176, sim. Ali diz 'garante-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra'. Nos casos do art. 177 poderá ser isso ou poderão ser outras alternativas que a lei fixar."<sup>155</sup>

A manifestação final do Min. Sepúlveda é ainda mais esclarecedora:<sup>156</sup>

"Explicito neste ponto meu voto. Não passa a incidir sem mais, sobre o petróleo, o disposto, no art. 176, sobre os minérios em geral: apenas se eliminou, com a alteração do art. 177, a proibição original de participação nos resultados da exploração petrolífera ou do gás natural, e, com mais razão, a transferência do produto às empresas contratadas. Mas a verdade (é) que não o impôs: outros tipos de contratação podem ser possibilitados em lei, nos quais não haja a participação da contratada no produto da lavra do petróleo"<sup>157</sup> (parêntesis apostos).

Assim findou o julgamento, tendo sido aprovada por ampla maioria a constitucionalidade do art. 26 da Lei 9.478/1997, mantida a expressão "*conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos*".

21. Destaca-se desse julgamento importantíssimo a compreensão da diferença de tratamento constitucional que passou a existir entre a exploração de recursos minerais (art. 176 da CF) e algumas de suas subespécies: petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (art. 177 da CF).

Afirmou-se que, a despeito de serem bens públicos de igual *status*, a extração de recursos minerais (art. 176 da CF) garante expressamente ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Essa garantia não existe para aquele que for contratado para explorar petróleo e os demais produtos listados no art. 177 da CF. Nesse caso, o produto da lavra poderá ou não ser-lhe atribuído – isso ficará a cargo do legislador ordinário.

154. ADI 3.273, p. 275.

155. ADI 3.273, p. 276-277.

156. ADI 3.273, p. 277.

157. É interessante ver no voto do Min. Sepúlveda Pertence, um ar saudosista e pragmático quanto ao tema, dialogando com o Min. Carlos Ayres – ADI 3.273, p. 274: "O constituinte de 95 não pensava como nós, Ministro, os do 'petróleo é nosso'. Ele deixou uma ampla liberdade à lei para abrir a empresas privadas de capital nacional ou não, desde que organizadas e sediadas no País, a prospecção e o refino do petróleo nacional. A reversão – queiram ou não – é uma decisão constitucional inequívoca".

Para se chegar a esse entendimento, o STF, como visto acima, partiu da compreensão que o art. 176 da CF, regula o sistema mineral "lato senso" e o art. 177 regula o "estrito senso", que seria apenas o "subsistema" de exploração (lavra) de petróleo e gás. Assim, o art. 176 garante aos concessionários de exploração mineral ("lato senso") a manutenção do produto da lavra,<sup>158</sup> sendo que o art. 177 silencia quanto a esse aspecto no que tange aos concessionários da exploração de petróleo e gás (mineração "estrito senso").

Mesmo após o julgamento, permanecem ativas respeitáveis opiniões pela inconstitucionalidade daquela norma, dentre elas a de Fábio Konder Comparato<sup>159</sup> e de Gilberto Bercovici.<sup>160</sup>

22. Embora o julgamento tenha ocorrido entre os anos de 2004 e 2005, constata-se que em 22.12.2010 foi editada a Lei 12.351 que criou o sistema de partilha de produção de petróleo para a área geográfica do pré-sal, no mar territorial brasileiro, que envolve contratos em que o produto da exploração será rateado entre a empresa contratada para a exploração daquela área e a União – nos moldes permitidos pelo acórdão e preconizados pelos votos dos Min. Jobim e Sepúlveda, nos trechos acima transcritos. Não fosse aquele entendimento, como justificar que no sistema de *partilha* parcela do resultado (ou do excedente) será apropriada pela empresa extratora? Não haveria como fazê-lo, pois os contratos só poderiam ser firmados através do sistema

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

159. Escreveu Fábio Konder Comparato: "Em aparte à lembrança dessa minha opinião, feita pelo eminente ministro Carlos Britto, o ministro Eros Grau retrucou que 'isso foi em um artigo de jornal, não numa obra jurídica', pois eu teria afirmado, alhures, algo totalmente contrário. Ora, em estudo sobre o monopólio de uma atividade de serviço (transporte de gás natural), escrevi e repito que monopólio diz respeito ao exercício de uma atividade empresarial, não à propriedade de bens. O Estado pode desapropriar bens, sem exercer monopólio; da mesma forma que pode monopolizar determinada atividade, sem ter a propriedade de bens utilizados para tanto; o que ocorre quando contrata com alguma empresa os serviços inerentes ao exercício do monopólio. (...) O que espanta contrata com alguma empresa os serviços inerentes ao exercício do monopólio. (...) O que espanta é que um distinto professor de direito econômico, agora no exercício da mais alta judicatura do país, possa confundir, em matéria de monopólio de indústria extrativa, bens de produção com produtos; ou seja, sondas de perfuração com aquilo que se vem a retirar por essa forma do subsolo" (*Folha de S. Paulo*, 26.04.2005, p. A3).

160. Afirma Bercovici: "... a decisão da maioria dos Ministros do STF foi, infelizmente, absolutamente equivocada. O art. 26, *caput*, da Lei 9.476/97 é inconstitucional, pois viola o disposto nos arts. 20, IX e 177 da Constituição. O petróleo e o gás natural são bens inalienáveis da União, bens de uso especial, como os demais recursos minerais. A diferença entre o regime jurídico dos recursos minerais em geral (art. 176) e o regime jurídico do petróleo, gás natural e minérios nucleares (art. 177) é, justamente, o fato destes últimos terem sido monopolizados pela União. (...) Se, de fato, como entendeu a maioria do STF, a Emenda 9/1995 e a Lei 9478/97 tornaram aplicável à exploração de petróleo e do gás natural as mesmas regras gerais previstas no art. 176, especialmente a atribuição da propriedade do produto da lavra ao concessionário, não resta mais nenhuma distinção entre uma concessão de exploração de minérios e uma concessão de exploração de petróleo ou de gás natural. Se em ambas as concessões o produto da lavra é atribuído ao concessionário, qual é a diferença entre uma atividade econômica monopolizada pela União (a exploração de petróleo e gás natural) e uma atividade econômica não monopolizada pela União (a exploração de recursos minerais em geral)?" (*O direito econômico do petróleo...* cit., p. 295-296).

de concessão (quando todo o bem extraído pertenceria ao delegatário), ou através do sistema de prestação de serviços.

Aqui reside a diferença entre os dois sistemas, conforme a *ratio decidendi* do STF no acórdão acima debatido. A União tem a possibilidade de explorar o petróleo e o gás natural através do sistema de concessão (do qual receberá apenas os *royalties* que serão estudados neste trabalho) ou do sistema de partilha (no qual, além dos *royalties*, receberá em óleo e gás parcela do que tiver sido extraído, a depender do contrato firmado). É nessa flexibilização, que passa a permitir diferentes modos de contratação, a razão da extinção do monopólio da Petrobras – mantido o monopólio da União – pela Emenda Constitucional 9/1995, que alterou o art. 177 da Constituição.

Na redação do art. 176 da CF, a eventual adoção do modelo de partilha de produção para a exploração dos recursos minerais seria inconstitucional, uma vez que nele consta a expressa garantia ao concessionário da propriedade do produto da lavra.<sup>161</sup>

### 3. RECEITAS PATRIMONIAIS SOBRE OS RECURSOS NATURAIS NÃO RENOVÁVEIS

#### 3.1 Patrimônio versus receita dos Recursos Naturais Não Renováveis

23. Patrimônio público não é sinônimo de Receita Pública. Pode-se dizer que o patrimônio público em termos de Recursos Naturais Não Renováveis é uma riqueza do país, mas isso não implica dizer que tal riqueza é uma Receita Pública. Pode vir a se transformar em Receita mas não o é.

A classificação dos bens públicos de acordo com a sua afetação, é útil para algumas finalidades, pois tem pertinência quanto à possibilidade de seu uso e alienação, mas não tem a mesma relevância para fins financeiros. De fato, o objeto deste trabalho obriga a analisar os bens públicos, tal qual efetuado acima, e a receita pública decorrente da exploração desse patrimônio público. Daí por que deve-se analisar neste apartado a classificação da receita pública patrimonial decorrente da exploração de recursos naturais não renováveis.

O Patrimônio é um bem do ativo público dentro do sistema orçamentário, mas para que gere Receita é necessário que seja explorado. Reservas intocadas no fundo da terra se constituem em ativos públicos – Patrimônio –, mas não geram receita por si sós. Essa transformação em receita só ocorre quando esse patrimônio “estático” for explorado.

Surge a díade entesouramento versus exploração. Se entesourar demais, pode ser que os recursos venham a perder importância e valor na economia mundial, em face de mudanças tecnológicas ou da descoberta de novas reservas, acarretando a queda da

161. Registra-se pelo menos uma tentativa de alterar esse *status quo* da área mineral, extirpando a parte final do art. 176 da CF, de modo a retirar a garantia de propriedade do produto da lavra que hoje possuem os mineradores. Trata-se da PEC 410/2005, arquivada em janeiro/2007, conforme art. 105 do Regimento Interno da Câmara, em face de ter findada a legislatura do proponente. Estabelece o referido Regimento: “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação”, admitindo exceções. Argumentos contrários a esta PEC podem ser encontrados em William Freire, *Natureza jurídica...* cit., p. 83 e ss.

riqueza nacional. Se explorar demais, pode ocorrer o esgotamento físico das reservas antes do momento mais adequado para sua venda.

Daí renova-se a questão estratégica e geracional do debate acerca da exploração desses recursos. Explorar demais hoje e dissipar os recursos arrecadados sem nenhum critério pode legar apenas buracos no chão para as futuras gerações. Não explorar tais bens hoje, pode-lhes legar apenas pedras e óleo sem valor. Nos dois casos, as futuras gerações sairão perdendo. Encontrar a exata medida entre a exploração desses recursos e o mais adequado uso dos valores arrecadados utilizando-os em prol das futuras, é o grande desafio que se põe à frente da presente geração.

Uma fórmula encontrada pelo Direito Financeiro para equacionar esse problema é a dos fundos, que podem ter várias características, dentre elas a de repartir melhor a riqueza nacional no presente – daí o debate sobre o rateio federativo dos valores arrecadados, o que gera maior distribuição da receita pública – ou a de entesourar valores (não os recursos naturais, mas o dinheiro dele advindo) para realizar gastos em outros setores estratégicos para o desenvolvimento nacional, tais como o de saúde, educação, saneamento básico, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, justiça e outros a serem estabelecidos pela sociedade e periodicamente revistos para ajuste aos patamares estabelecidos e aos critérios de desenvolvimento humano – o que inclui acentuado caráter transgeracional.

O adequado equilíbrio entre essas duas situações – riqueza estática e receitas dinâmicas – é a dificuldade econômica e política a ser enfrentada pelos gestores atuais do patrimônio público caracterizado pelos Recursos Naturais Não Renováveis, e que as fórmulas de direito financeiro buscam equacionar.

#### 3.2 Classificação das receitas públicas

24. Como o Estado arrecada para exercer suas funções? Como consegue retirar da sociedade os recursos que necessita para cumprir as metas que lhe são atribuídas pela sociedade?

Ensina Aliomar Baleeiro que “todos os processos de financiamento do Estado se enquadram nestes cinco meios conhecidos há séculos”.<sup>162</sup>

1. Extorsões sobre outros povos ou doações voluntárias;
2. Rendas produzidas pelos bens e serviços do Estado;
3. Cobrança de tributos e penalidades;
4. Obtenção de empréstimos compulsórios e
5. Fabricação de dinheiro.

Essa classificação realizada por Baleeiro, que ele próprio denominou de “esboço (...) que na pior hipótese, serve de instrumento didático para a ordenada exposição do assunto”,<sup>163</sup> certamente foi criada para classificar a partir das finalidades da Ciência

162. Aliomar Baleeiro, *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 126.

163. *Uma introdução...* cit., p. 130.

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

das Finanças, objeto do livro em que foi veiculada. Tal classificação, à luz do direito financeiro, merece ser revisitada, pois:

- a) Inclui no item I duas situações distintas, inconciliáveis: *extorsões de guerra com doações*. A primeira é coercitiva e decorrente de uma violência que é a guerra; a outra é uma *doação*, que decorre de uma faculdade – opção de quem a faz em prol do Estado. A diferença fica por conta do elemento volitivo – uma coativa e outra voluntária –, o que não torna adequado seu tratamento conjunto.
- b) Os *empréstimos compulsórios*, como empréstimos que são – forçados ou não – devem ser devolvidos, o que gera uma entrada e uma saída de recursos, devendo muito mais ser considerados como uma entrada ou ingresso do que como uma receita.
- c) Ademais, a emissão de dinheiro sem lastro não gera receita, mas inflação, não devendo ser considerada como tal.

A classificação utilizada por Geraldo Ataliba<sup>164</sup> segue padrão mais consentâneo com o direito financeiro. Menciona esse autor que de “duas formas pode o Estado obter recursos; auferindo lucros na venda de bens ou serviços, ou usando de seu poder para exigir o concurso compulsório das pessoas sujeitas a seu poder, para as necessidades públicas”. A crítica que se pode fazer a essa análise diz respeito apenas ao uso impreciso da palavra “lucros”, sendo mais bem aplicada no caso a expressão “receitas”,<sup>165</sup> pois a existência ou não de lucro depende de uma análise contábil, enquanto a receita pode ser considerada uma forma de “ingresso definitivo”. Carece esta classificação, contudo, de visualizar as hipóteses de doações de particulares ao poder público.

Com o foco no direito financeiro, Regis Fernandes de Oliveira adota uma classificação mais precisa, a partir da fonte dos recursos. Estabelece o autor que os *Ingressos*, também denominados de *Entradas*,<sup>166</sup> se constituem em *todo e qualquer dinheiro que ingresse nos cofres públicos*, e se dividem em:

1. *Ingressos Provisórios ou Movimentos de Caixa*, que não se caracterizam como Receita;
2. *Ingressos Definitivos ou Receitas*.

Nem todo dinheiro que ingressa nos cofres públicos o faz de maneira definitiva, por isso são *Ingressos Provisórios*. Pode ocorrer de ser um depósito restituível (requisito recursal comum na Justiça do Trabalho, por exemplo), ou uma caução para a participação em uma licitação (que pode ser liberada ao final do Contrato). Outra possibilidade é a obtenção, pelo Poder Público de um empréstimo, que deverá ser devolvido na forma prescrita em contrato ou em lei. Em todos esses casos, está-se diante de *ingresso provisório* de dinheiro nos cofres públicos. Tal ingresso é *provisório*.

164. Geraldo Ataliba, *Apostamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário*, São Paulo: Ed. RT, 1969, p. 25.

165. Para o conceito de “receita” a expressão de Aliomar Baleeiro é bastante adequada: “Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo” (Aliomar Baleeiro, *Uma introdução...* cit., p. 126).

166. *Curso de direito financeiro* cit., p. 117 e ss.

porque gera uma contrapartida de devolução daquele montante na coluna de *despesas públicas*, como pagamento da *dívida pública*

Pode ocorrer que esse *ingresso provisório* se transforme em definitivo, quando então se transformará em receita. O melhor exemplo para isso decorre dos depósitos efetuados pelos contribuintes para afastar a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN); caso o contribuinte perca a demanda, o depósito será convertido em renda (art. 156, VI, do CTN) – expressão mais técnica seria: “transformar o depósito em receita pública”.

Existem outros *ingressos* que desde logo são *definitivos*, não devendo sequer ser considerada *ab initio* sua devolução. Esses *ingressos definitivos* se constituem em *receitas*. Claro que devoluções podem acontecer, mas se constituirão em eventos incertos e imprevisíveis, não podendo ser considerada essa hipótese por ocasião do pagamento.<sup>167</sup>

São exemplos de *Receitas Públicas*: tributos, penalidades, vendas de bens e serviços públicos, extorsões de guerra, doações, recebimento de heranças e legados etc.

25. Como se pode ver, as *Receitas* acima indicadas possuem diversas possibilidades classificatórias para facilitar seu entendimento.

Assim, conforme o vínculo que as origina as *receitas* podem ser:

- a) *Patrimoniais ou Originárias*: São aquelas cujo vínculo remonta à exploração de bens e serviços que compõem o patrimônio público. Podem decorrer da exploração de indústrias, de recursos naturais, agropecuárias, de serviços etc.
- b) *Decorrentes do Poder de Império ou Derivadas*: São aquelas cujo vínculo é o poder de império do Estado. São frutos do exercício da soberania estatal sobre a população que ocupa o território onde essa soberania é exercida. Essas *receitas* podem ser caracterizadas como tributárias (decorrentes da cobrança de impostos, taxas e contribuições), bem como podem decorrer da imposição de penalidades pela sanção de atos ilícitos, sejam estes administrativos, penais, fiscais etc.

Ferreiro Lapatza<sup>168</sup> usa esse critério sob outro nome: (a) *Receitas de Direito Público*; e (b) *Receitas de Direito Privado*. No Brasil, porém, essa classificação não pode ser usada como idêntica à das *Receitas Originárias e Derivadas* – isso porque possuem distinções. Nem toda *Receita Patrimonial* submete-se, no Brasil, a normas de direito privado – o melhor exemplo disso são os *royalties* incidentes sobre os Recursos Naturais Não Renováveis, que decorrem de uma imposição *ex-lege*, e não de uma obrigação *ex-contrato*, logo, estaria mais adequada como uma receita “de direito público” na classificação adotada por aquele autor – mas que não condiz com o direito positivo brasileiro.

167. O melhor exemplo são as *compensações tributárias* e a *repetição do indébito tributário*, que acontecem quando o contribuinte paga um tributo como se devido fosse e posteriormente descobre que não o era, seja por erro seu ou em virtude de norma ilegal ou inconstitucional.

168. Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español* – Instituições, 25. ed., Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 102.

Há quem traga uma distinção nesse critério, apartando das duas uma terceira, que seriam as receitas *crediticias*, o que envolveria as receitas advindas dos empréstimos públicos que o Poder Público faz de terceiros.<sup>169</sup> Essa classificação não parece adequada, pois os empréstimos não se constituem como *receita*, mas como *ingressos ou entradas*, pois geram uma contrapartida de devolução do valor obtido, com acréscimos.

Sob outro critério, da periodicidade, as receitas podem ser classificadas como:

- a) *Ordinárias*, que são as que ingressam com habitualidade nos cofres públicos;
- b) *Extraordinárias*, são as eventuais, que não possuem periodicidade certa.

Carrera Raya alega que esta classificação possui importância prática “quase nula”, pois “a atualidade desse critério não se sustenta validamente, porque tanto os tributos, quanto os ingressos derivados da dívida pública se utilizam de forma corrente, usual no financiamento do gasto público”.<sup>170</sup> Com a devida vênia, discorda-se desse autor, pois essa classificação tem funcionalidade, uma vez que ainda existem ingressos extraordinários, entendidos como aqueles “com um certo caráter descontínuo, no sentido de que incorporam sempre uma decisão particular do Poder Público sobre a realização e o montante de sua arrecadação”.<sup>171</sup> O melhor exemplo de receitas extraordinárias decorre da privatização de empresas públicas, quando uma parcela do patrimônio público é alienada e a receita daí advinda, mesmo que recebida a longo prazo, tem evento certo e determinado, com data de término. Mesmo as decisões sobre endividamento são decisões específicas, identificadas, com receitas estabelecidas com data de início e de término e que, para serem renovadas, são necessários novos atos autorizativos para contratação de novas dívidas.

Segundo outro critério, o da *titularidade da competência arrecadatória*, as receitas podem ser:

- a) *Próprias*: são aquelas arrecadadas diretamente pelo ente federativo, em decorrência das normas que regem aquele tipo de receita. Bom exemplo é o conceito de *competência tributária*, através do qual são atribuídos aos entes federativos poderes de instituir e cobrar os tributos estabelecidos pela Constituição.
- b) *Transferidas*: são aquelas arrecadadas por um ente federativo e por este destinadas a outro ente federativo, por força de norma. Dizem respeito às receitas originárias e às derivadas.

É possível ainda distinguir dentre essas Receitas Transferidas aquelas que o são de forma:

- a) *Direta*: quando o valor transferido tem relação direta com o evento realizado naquele ente federado. Um bom exemplo é o do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, cuja competência é dos Estados, mas a arrecadação é partilhada diretamente com os municípios onde os veículos são licenciados.

169. Francisco José Carrera Raya, *Manual de derecho financiero*, Madrid, Tecnos, 1993, vol. 1, p. 128.

170. Francisco José Carrera Raya, *Manual de derecho financiero* cit., p. 127.

171. Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español...* cit., p. 99.

- b) *Indireta*: quando o valor transferido é rateado entre os entes federados de acordo com critérios que visam à redistribuição dessa receita. Bom exemplo é o Fundo de Participação dos Municípios – FPM, cujo rateio obedece parâmetros de população e renda.

Outra classificação importante para essas *Transferências* é a que segue o parâmetro do *vínculo obrigacional*, podendo ser classificada entre:

- a) *Transferências Obrigatórias*: aquelas que ocorrem em virtude de norma constitucional ou legal. Nesse grupo se encontra o Fundo de Participação dos Municípios – FPM, por exemplo;
- b) *Transferências Voluntárias*: aquelas que decorrem de ato volitivo das autoridades públicas, decorrentes de convênios de cooperação, tais como os que um ente federativo aporta recursos em um projeto que está sendo desenvolvido por outro – como exemplo há o metrô de São Paulo, para o qual concorrem verbas federais, estaduais e municipais, embora o benefício seja gozado pelos habitantes desse município.

26. No Brasil, a classificação das receitas públicas é ordenada pelo art. 11 da Lei 4.320/1964 e mais bem explicitada pela Portaria Interministerial STN/SOF 163/2001,<sup>172</sup> que fornece a seguinte listagem – propositalmente se descartam os subitens que não são relevantes para esta exposição.<sup>173</sup>

1000.	Receitas Correntes:
	Receita Tributária
	Receita de Contribuições
	Receita Patrimonial
	Receitas de Concessões e Permissões
	Outras Receitas Patrimoniais
1400.	Receita Agropecuária
1500.	Receita Industrial
	1510. Receita da Indústria Extrativa Mineral
1600.	Receita de Serviços
	Transferências correntes
2000.	Receitas de Capital
	Operações de crédito
	2200. Alienação de Bens
	Amortização de empréstimos
	Transferências de capital
	Outras receitas de capital.
7000.	Receitas Correntes Intraorçamentárias
8000.	Receitas de Capital Intraorçamentárias

172. <[http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria\\_Interm\\_163\\_2001\\_Atualizada\\_2011\\_23DEZ2011.pdf](http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria_Interm_163_2001_Atualizada_2011_23DEZ2011.pdf)>.

173. Anexo I da Portaria Interministerial STN/SOF 163/01.

É interessante notar que nem na Lei 4.320/1964, nem na Portaria Interministerial 163/01 existe maior preocupação com a *definição* das receitas, sendo demonstrada apenas a *classificação* acima transcrita. A preocupação maior é com as despesas, que merecem detalhada *subclassificação* e identificação por *elemento* e por *categoria*. Assim, tomando por base a *classificação* acima transcrita, pode-se afirmar que, o sistema legal brasileiro adota a *classificação legal das receitas*, considerados apenas os grupos: *receitas correntes* (código 1000) e *receitas de capital* (código 2000).

A singela definição constante do art. 11 da Lei 4.320/1964 é praticamente tautológica, pois considera *receita corrente* como “as receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes”. E como *receita de capital* as “provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente”.

Outra definição surge na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), que no art. 2.º, IV, estabelece o que se deve entender por *receita corrente líquida* para as finalidades daquela norma: “receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos (...)”. Pode-se considerar que sem as deduções estabelecidas nas letras daquele inciso<sup>174</sup> haverá então um conceito de *receita corrente* idêntico ao previsto na Lei 4.320/1964.

Observe-se que essa classificação normativa adotada pelo direito brasileiro destoa da teoria classificatória acima indicada, pois não distinguiu entre *receitas originárias* e *derivadas*, ou de direito *público* ou *privado*. A opção legislativa foi de efetuar uma classificação *econômica* das receitas e despesas públicas, pois, como pode ser verificado pela transcrição dos textos, as *receitas correntes* são classificadas como tal “quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes”; e as *receitas de capital* as “destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente”.

Essa lógica é bem exposta por António Sousa Franco, ao comentar que “as receitas e despesas de capital são as que alteram o patrimônio duradouro (no horizonte anual), as receitas e despesas correntes são as que só afetam o patrimônio não duradouro. Assim, os impostos são receitas correntes, tal como os pagamentos de funcionários são despesas correntes. O gasto com a construção de um prédio é uma despesa de

capital e a venda de um prédio é uma receita de capital”.<sup>175</sup> Trata-se, portanto, de uma classificação essencialmente *econômica*, pois destoa das anteriormente descritas, que possuem um *substrato jurídico*, pois distinguem de acordo com a natureza das coisas. Essa classificação *econômica*, contudo, é adotada pelo Brasil e encontra-se normatizada. Tornar-se *norma* implica afirmar que se transformou em direito positivo, mas não que se trata de uma classificação adotada com base e fundamento em uma classificação racional amparada no Direito.

### 3.2.1 *Esboço de classificação financeira das receitas oriundas dos recursos naturais não renováveis*

27. Uma classificação jurídico-financeira das receitas públicas oriundas dos Recursos Naturais Não Renováveis aqui analisados, levaria a caminhos diversos da classificação normativa. Como as possibilidades classificatórias são inúmeras a partir do tipo de análise que se pretende desenvolver, apresenta-se uma que pode ser mais útil para os fins financeiros aqui pretendidos. Propõe-se como critério o da *periodicidade de geração de receitas*, podendo haver:

- a) bens que não geram receitas;
- b) bens que geram receitas ordinárias e
- c) bens que geram receitas extraordinárias.

Dentre o primeiro grupo, estariam os bens públicos insusceptíveis de gerar receita patrimonial, tais como os recursos minerais ainda não identificados – a Constituição os declara desde logo patrimônio da União, tenham ou não sido descobertos. Para esses, a possibilidade de geração de receitas públicas é inexistente em face de seu desconhecimento, muito embora se constituam em patrimônio público.

Os bens que podem gerar receitas ordinárias são aqueles que permitem o recebimento de receitas patrimoniais ao longo do tempo, tais como a exploração de recursos minerais, hidrocarbonetos e potenciais de energia hidráulica.

Existem bens que podem gerar receita pública esporádica e eventual (extraordinária), tais como aqueles decorrentes do patrimônio industrial, agropecuário e de serviços, os quais só geram receitas se as empresas gerarem lucros. O melhor exemplo disso é a empresa Petrobras, que só gera dividendos para seu acionista controlador, que é a União, se gerar lucros; caso haja prejuízo, nada será arrecadado – não haverá que é a União, se gerar lucros; caso haja prejuízo, nada será arrecadado – não haverá receita pública decorrente desse patrimônio mobiliário em ações. Outra hipótese nesse rol é a de receitas decorrentes da venda do patrimônio, sendo o caso mais usual o da receita das privatizações de empresas estatais, cujo valor é pago uma única vez – que pode ser em parcelas ou a vista, mas o preço é determinado e finito no tempo.

Essa classificação, consoante a periodicidade de geração de receitas, é importante para fins de análise financeira, pois daí se pode mensurar que tipo de receita advém da exploração do patrimônio público e qual o impacto que tal procedimento pode acarretar para a arrecadação patrimonial do Tesouro.

<sup>175</sup> *Finanças públicas e direito financeiro*, Coimbra: Almedina, 2007, vol. 1, p. 371.

<sup>174</sup> As exclusões previstas na norma são: (a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inc. I e no inc. II do art. 195, e no art. 239 da CF; (b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; (c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9.º do art. 201 da CF.

Por outro lado, ela comporta alguns problemas que devem ser delimitados. Por exemplo, dentro dos bens públicos que podem gerar receitas ordinárias encontram-se os Recursos Naturais Não Renováveis, que são finitos por definição. Logo, como enfrentar a questão da periodicidade dessa arrecadação? Pela via interpretativa, analógica, uma forma de estabelecer tal periodicidade é o do maior período de planejamento governamental financeiro, que é o do Plano Plurianual (PPA), obrigatoriamente renovado a cada quatro anos. Assim, havendo previsibilidade de não esgotamento daquela reserva em quatro anos, poder-se-á afirmar sua periodicidade como receita *ordinária*, e não como *extraordinária*. Parece um prazo por demais curto, mas é o mais longo da previsão orçamentária brasileira, daí o uso desse prazo de modo analógico, pela via interpretativa. Registre-se que o estabelecimento de prazo maior, pela via legislativa, seria muito mais adequado.

Ainda aqui remanesce um problema, que é o da possibilidade de não exploração desses bens. Afinal, pode ocorrer de haver uma queda dos preços no mercado e a exploração deixar de ser interessante, acarretando a cessação, mesmo que temporária, da exploração. Mesmo nesse caso, as receitas continuariam a ser classificadas como *ordinárias*, pois a dinâmica de sua arrecadação será rotineira, usual, e não eventual. O que ocorre na situação descrita é apenas um problema conjuntural de mercado, que pode igualmente acontecer com outro tipo de receitas, as tributárias, que, como regra, também dependem dos humores do mercado para manter seu nível de arrecadação e nem por isso deixam de ser tratadas como receitas *ordinárias*.

A importância dessa classificação é a possibilidade de olhar o patrimônio público de forma dinâmica, pois será possível distinguir, dentre as receitas patrimoniais, aquelas que ingressam rotineiramente nos cofres públicos daquelas que ingressam de forma eventual.

Essa classificação é relevante para que sejam consideradas as receitas patrimoniais decorrentes da exploração de Recursos Naturais Não Renováveis como receitas ordinárias – via de regra – distinguindo-as das receitas extraordinárias, eventuais.

De *lege ferenda*, sugere-se que sejam criadas normas específicas para regular a exploração de Recursos Naturais Não Renováveis pelas várias características acima assinaladas, sendo a principal delas a certeza de sua finitude ou exaurimento.

28. Ainda aqui é possível aventar outra classificação dos bens públicos sob a ótica financeira, que é entre (a) *bens mensurados* e (b) *bens meramente declarados*. São mensurados aqueles que são identificados e dimensionados, tais como fábricas, praças, prédios públicos etc. E declarados aqueles meramente afirmados como de propriedade pública, mas ainda não mensurados, tal como os acrescidos de *terrenos de marinha* (art. 20, VII, da CF).

O art. 20 da Constituição estabelece em seu inc. IX que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Trata-se de uma conceituação ampla e objetiva, todavia, está dimensionada? Certamente que não. Sabe-se que todo o patrimônio mineral encontrado no Brasil, inclusive o que estiver no subsolo, é de propriedade do ente federado União. Mas não se sabe a exata extensão desse patrimônio – e novas descobertas podem ocorrer a cada dia.

Dessa classificação financeira dos bens públicos, pode-se distinguir três situações diversas de receitas públicas, no que se refere aos Recursos Naturais Não Renováveis:

- 1) *Bens públicos mensurados que não geram receita*: O patrimônio já descoberto que não está sendo objeto de exploração – o que, para usar o exemplo do Código de Minas, corresponde ao conceito de *jazida*.<sup>176</sup> Ou seja, é conhecido, mas não se encontra ainda explorado.

Embora não exista conceito correspondente para outros bens, tal como os potenciais de energia elétrica, pode-se correlacioná-lo, pois existem muitos potenciais de energia elétrica já dimensionados, mas ainda não explorados.

- 2) *Bens públicos mensurados que geram receita*: O patrimônio já descoberto e que está sendo objeto de exploração – que, para o Código de Minas, corresponde ao conceito de *mina*.<sup>177</sup> e

- 3) *Bens públicos meramente declarados, que não geram receita*: O patrimônio que ainda não foi descoberto e/ou dimensionado, a despeito de, por definição, se constituir em patrimônio da União. Tais como os recursos naturais ainda não descobertos, mas que não se constituem em *res nullius*,<sup>178</sup> pois afirmados pelo Direito como de propriedade da União.

Dessa forma, para fins financeiros, se o patrimônio já foi identificado, pode vir a gerar receita pública (hipótese 1); se já está sendo explorado, gera receita pública (hipótese 2); mas, de toda forma, mesmo que ainda não identificado, ele é declarado como bem público de titularidade da União, passível de gerar receita, caso identificado (hipótese 3). Essa classificação serve para as receitas oriundas dos Recursos Naturais Não Renováveis aqui estudados: petróleo, minérios e potenciais de energia hidráulica – estes, por equiparação.

Portanto, têm-se aqui bens públicos considerados como geradores de receita pública, classificados entre:

- 1) bens públicos com potencial de gerar receitas;
- 2) bens públicos que geram receitas;
- 3) bens ainda não descobertos, mas que pertencem ao patrimônio público e com potencial de gerar receitas.

29. Ocorre que a *classificação econômica* adotada legalmente pelo Brasil pela Lei 4.320/1964 não permite visualizar as atividades inseridas e seu contexto – e elas são tantas quanto é o tamanho do Estado brasileiro.

Enquanto existe apenas um punhado de impostos e várias taxas e contribuições – tributos em sentido estrito com arrecadação gigantesca; existe um verdadeiro

176. Dec.-Lei 227/1967: "Art. 4.º Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; (...)"

177. Dec.-lei 227/1967: "Art. 4.º Considera-se (...) mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa".

178. Pontes de Miranda, *Tratado...*, vol. II, p. 195: "As *res nullius* não são de propriedade de ninguém, mas, por direito público, são objeto de direito de uso do povo".

manancial de atividades que geram receitas patrimoniais ao Estado brasileiro, com parca arrecadação, se considerada em comparação às tributárias. Acompanhar o rol dessas atividades a partir do "ementário de classificação das receitas orçamentárias da União"<sup>179</sup> dá uma ideia concreta da dimensão do Estado brasileiro tão amplos são os ramos de atividades que permitem a cobrança de receitas patrimoniais distintas. Observe-se que se trata de uma classificação meramente *descritiva, com fins muito mais contábeis-econômicos* do que *jurídicos*.

Este trabalho não tem a pretensão de analisar todas essas Receitas Patrimoniais, mas apenas um pequeno grupo delas, as pertinentes às "compensações financeiras" recebidas pelo Estado brasileiro referentes à exploração de alguns de seus recursos naturais não renováveis, quais sejam, petróleo, gás, recursos minerais e hidroeletricidade.

### 3.2.2 A classificação normativa das Receitas Patrimoniais decorrentes da exploração de Recursos Naturais Não Renováveis

30. Apenas em 2005, por meio da Portaria SOF 9, Anexo IV, é que as receitas decorrentes da arrecadação das compensações financeiras passaram a ter rubrica específica dentro do Orçamento da União.<sup>180</sup> A partir de então, aprimorando o processo orçamentário, é que foi criada a rubrica 1.340, que corresponde ao grupo de "compensações financeiras", que se subdivide atualmente em:

1340.00.00 – Compensações Financeiras

1340.01.00 – Utilização de Recursos Hídricos – Itaipu

1340.02.00 – Utilização de Recursos Hídricos – Demais Empresas

1340.03.00 – Exploração de Recursos Minerais

1340.04.00 – *Royalties* pela Exploração de Petróleo ou Gás Natural em Terra – Concessão

1340.05.00 – *Royalties* pela Produção de Petróleo ou Gás Natural em Plataforma – Concessão

1340.06.00 – *Royalties* Excedentes pela Produção de Petróleo ou Gás Natural em Terra – Concessão

1340.07.00 – *Royalties* Excedentes pela Produção de Petróleo ou Gás Natural em Plataforma – Concessão

1340.08.00 – Participação Especial pela Produção de Petróleo ou Gás Natural – Concessão

1340.10.00 – Receita pela Produção de Petróleo ou Gás Natural – Partilha de Produção<sup>181</sup>

No rol acima foram descartadas as subdivisões. Essa nova classificação normativa permite visualizar as diferentes fontes de receitas com a exploração patrimonial de

179. Disponível em: <[http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias/arquivos-receitas-publicas/EMENTARIO\\_2012.pdf](http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias/arquivos-receitas-publicas/EMENTARIO_2012.pdf)>, acesso em: 10.12.2012.

180. Documento interessante para esta análise é o ementário da classificação das receitas orçamentárias da União, disponível em: <[https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/receita/EMENTARIO\\_2012.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/receita/EMENTARIO_2012.pdf)> e último acesso em 24.06.2012. Sobre a inclusão dessa nova rubrica, ver p. 170.

181. Essa rubrica foi inserida pela Portaria SOF 62, de 26.07.2011.

parcela dos recursos naturais não renováveis no Brasil, que são objeto deste trabalho: as compensações financeiras decorrentes da exploração de minérios, de petróleo, gás e dos potenciais de energia hidráulica.

É curioso que somente em 2005, por meio da Portaria SOF 9, é que esses recursos tenham passado a ter rubrica própria, permitindo sua mais correta contabilização e conseqüente controle. Dá a entender que somente nesse ano é que as receitas patrimoniais referentes a esses recursos naturais passaram a ser objeto de maior atenção dentro do sistema orçamentário da União.

Essa classificação é muito importante, porque facilita a leitura do balanço geral da União, ente federativo incumbido de arrecadar e partilhar essas receitas públicas. E também permite melhor distinguir essas receitas patrimoniais, o que muitas vezes causa alguma confusão, como por exemplo, a situação do "bônus de assinatura", que pode ser confundido com *royalties*, mas que, na verdade, se caracteriza como uma "Receita de Concessões e Permissões pela Exploração de Recursos Naturais". A norma que estabelece o rateio federativo dessa cobrança encontra-se no § 1.º do art. 20 da Constituição, que será analisada em tópico específico.

### 3.2.3 Dimensionando valores em concreto

31. Para melhor dimensionar o objeto de estudo, é importante saber os valores envolvidos. Afinal, o que caracteriza um Estado Fiscal ou Patrimonial é o maior ou menor volume de recursos oriundos dessas fontes.

Assim, pode-se ver que em 2012 a União obteve um total de Receitas Públicas no valor de R\$ 1.986.202.818.423,02 (um trilhão, novecentos e oitenta e seis bilhões, duzentos e dois milhões oitocentos e dezoito mil, quatrocentos e vinte e três reais e dois centavos). Esse montante é a somatória de uma série de fontes, das quais se listam abaixo apenas algumas:<sup>182</sup>

Receita Pública Total	R\$ 1.986.202.818.423,02
1000. Receitas Correntes:	R\$ 1.169.407.898.865,40
1100. Receita Tributária:	R\$ 374.230.594.140,76
1200. Receita de Contribuições:	R\$ 592.692.507.848,09
1300. Receita Patrimonial:	R\$ 81.327.735.801,77
1340. Compensações Financeiras:	R\$ 35.720.861.870,04

Assim, em 2012 de toda a arrecadação da União, (cerca de R\$ 1,9 trilhão), as Receitas Correntes (cerca de R\$ 1,1 trilhão) representam cerca de 60% do total. Por sua vez, as principais fontes de recursos das Receitas Correntes foram a Receita de Contribuições (pouco mais de R\$ 592 bilhões) e a Receita Tributária (pouco mais de R\$ 374 bilhões), que, somadas, totalizam aproximadamente R\$ 1 trilhão (soma dos itens 1100 e 1200 acima) – isto é quase 51% da Receita Pública Total.

Quanto às Receitas Patrimoniais arrecadadas no mesmo período (pouco mais de R\$ 81 bilhões), a despeito da longa lista contendo as especificidades da arrecadação,

182. Ver site <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/PrestacaoContasPresidente/2012>>.



trabando, como muito bem pontuou Adam Smith,<sup>189</sup> que cresceu 1/8 ao cálculo dos valores declarados, para corrigi-los. Aliás, “enganar a Coroa era o negócio predileto de boa parte dos que lidavam com ouro”.<sup>190</sup>

Na verdade, esses minerais trouxeram riqueza para Portugal e Espanha (que nem sempre souberam bem utilizá-la) e também para o resto da Europa, irrigando os canais econômicos que do mercantilismo fizeram surgir o liberalismo. Na verdade, essa riqueza obtinha um preço bem mais baixo nos reinos ibéricos do que no resto do continente,<sup>191</sup> gerando desindustrialização naqueles países – um embrião do que muitos anos após viria a ser denominado de *maldição dos recursos naturais*, que, na verdade, tem muito mais correlação com boa governança pública dos recursos existentes do que com uma verdadeira *maldição*.

Avelãs Nunes, sob outro prisma, relata a crise europeia ocorrida em face desse acúmulo de metais preciosos obtidos a preços baixos, que inundou a Europa a partir do século XVI na época colonial:

“O valor do ouro e da prata obtidos nas colônias da América ficava diminuído em relação ao valor dos restantes bens, que viram subir os seus preços em termos dos metais usados como moeda. Os lucros provenientes desta subida de preços, devem-se, pois,

189. Adam Smith, *A riqueza das Nações*, 4. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, vol. 1, p. 238: “Segundo o eloquente e às vezes bem informado autor da *Philosophical and Political History of the Establishment of the Europeans in the Two Indies*, a importação anual de ouro e prata registrada na Espanha, em uma média de onze anos – de 1754 a 1764, incluídos os dois anos – foi de 13.984.185.3/4 piastras de 10 reais. Levando-se em conta, porém, o que pode ter entrado por contrabando, supõe ele que o total da importação anual pode ter ascendido a 17 milhões de piastras – o que, equivalendo a piastra a +\$6d, é igual a 3,825 milhões de libras esterlinas. Também ele indica os detalhes dos lugares específicos donde vieram o ouro e a prata, e das quantidades específicas dos dois metais, fornecidos por cada lugar, segundo os registros. Informa-nos também que, se avaliássemos a quantidade de ouro anualmente importada dos Brasis para Lisboa com base na soma total dos impostos pagos ao rei de Portugal – que parece ser 1/5 do metal-padrão – poderíamos avaliá-la em 18 milhões de cruzados, isto é, 45 milhões de libras francesas, equivalendo mais ou menos a 2 milhões de libras esterlinas. Todavia, considerando o que pode ter entrado de contrabando, diz ele que podemos com segurança acrescentar à referida soma 1/8 a mais, isto é, 250 mil libras esterlinas, de sorte que o total ascenderia a 2,25 milhões de libras esterlinas. Segundo esse relato, portanto, o total das importações anuais de metais preciosos na Espanha e Portugal sobe a aproximadamente 6 075 000 de libras esterlinas.” No original consta dos Brasis para Lisboa, exatamente no plural. “He informs us too, that if we were to judge of the quantity of gold annually imported from the Brazils into Lisbon by the amount of the tax paid to the king of Portugal, ...” (p. 221: site: <[http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0141-01\\_eBk.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0141-01_eBk.pdf)>, último acesso em: 02.03. 2013).

190. Lucas Figueiredo, *Boa ventura!*... cit., p. 213.

191. *A riqueza das nações* cit., p. 420-421: “Quando a quantidade de ouro e prata importada em um país supera a demanda efetiva, não há vigilância ou controle do Governo que consiga impedir sua exportação. Nem mesmo todas as leis sanguinárias da Espanha e de Portugal são capazes de evitar a evasão do ouro e da prata excedentes desses países. As contínuas importações, feitas do Peru e do Brasil, ultrapassam a demanda efetiva da Espanha e Portugal, fazendo com que o preço desses metais naqueles países desça abaixo do vigente nos países vizinhos. Ao contrário, se em algum país a sua quantidade não fosse suficiente para atender à demanda efetiva, de forma a fazer subir o preço desses metais em comparação com os países vizinhos, o Governo não precisaria preocupar-se em importá-los. E se tentasse impedir tal importação, não conseguiria fazê-lo”.

em primeiro lugar, à exploração das riquezas mineiras do Novo Mundo e do trabalho de suas populações. De tal forma assim é, que no século XVII a acumulação de capital foi menos intensa, na Europa, do que no século XVI, dado que a subida do custo de produção do ouro a partir de 1600 provocou sua revalorização e a baixa dos preços em retomaria seu ritmo, pois o aumento demográfico veio permitir a reorganização da exploração colonial, o que, a par da descoberta de novas minas no México e no Brasil, provocou uma nova baixa do valor do ouro e da prata”.<sup>192</sup>

33. O fato de os Estados Fiscais possuírem baixa arrecadação de Receitas Patrimoniais, que o exemplo brasileiro atual bem ilustra, não implica dizer que eles simplesmente abriram mão dessa fonte de recursos, pois os Recursos Naturais Não Renováveis possuem grande importância estratégica geopolítica no contexto internacional. Embora tenham pequena relevância arrecadatória direta para os cofres públicos nos Estados Fiscais, enquanto receitas decorrentes da exploração patrimonial, são de imensa importância estratégica para seu desenvolvimento. Tais bens constituem a base da independência energética brasileira – uma das fundamentais para o país, ao lado da militar e da alimentar. Sendo o desenvolvimento brasileiro baseado fundamentalmente em matrizes energéticas produzidas no Brasil, a independência nesse aspecto está assegurada, devendo haver a formação de reservas que garantam a expansão da economia brasileira para as próximas décadas.

Considere-se que os principais meios de transporte do país queimam petróleo – as tentativas de troca dessa matriz energética para o etanol ainda se relevam infrutíferas. Os meios de transporte rodoviário, fluvial, ferroviário, aeroviário queimam combustível fóssil, sendo o petróleo a principal matriz energética, substituindo o carvão – o qual ainda é usado apenas residualmente em algumas atividades industriais. Isso sem falar na produção de gás e de plásticos, igualmente derivados de petróleo, que são imprescindíveis para o desenvolvimento do país.

A situação mineral é um pouco diversa, pois não se trata de um único produto, tal como petróleo (que é fracionado em vários outros) ou de energia hidrelétrica, mas de uma gama infundável de bens que vão desde areia para construção civil até minerais estratégicos, tais como ouro e nióbio. Nesse âmbito, existem bens que são fundamentais para o equilíbrio da balança de pagamentos atual, como o minério de ferro, cujo principal adquirente mundial é a China; e outros cujo entesouramento é importante para fins de segurança nacional, tal como o urânio, fonte de outra matriz energética, a nuclear. Basta um simples girar de olhos para ver a presença desses Recursos Naturais Não Renováveis em todos os lugares: na cadeira em que se senta, no computador com o qual se trabalha, no grafite do lápis, na luz elétrica que abastece as casas etc. Até mesmo as fases históricas pelas quais passou a humanidade são designadas com nome de minerais, tais como a Idade da Pedra, Idade do Ferro, do Bronze, do Ouro etc. A que hoje se vive é comumente denominada de civilização do petróleo. A União Europeia,

192. António José Avelãs Nunes, *Os sistemas econômicos*, Boletim de Ciências Económicas, Coimbra, vol. 16, p. 63.

em seu embrião, era conhecida como a Comunidade do Carvão e do Aço. Os exemplos são ilustrativos e sem fim. Cláudio Scliar menciona que são necessárias mais de vinte diferentes espécies minerais para construir uma casa, oito para fabricar uma lâmpada e seis para produzir pilhas.<sup>193</sup>

Atilio Vivacqua traz uma informação que bem ilustra a importância estratégica desses minerais, em especial em época de guerra. Diz que, por ocasião do 51.º aniversário de Adolf Hitler, em abril de 1940, o presente que o povo alemão ofereceu ao seu líder foi “um montão de milhões de toneladas de bronze, ferro, cobre e níquel”. Tal presente foi precedido de um decreto do Reich, de março de 1940, que determinava: “Todo aquele que aproveitar, em benefício próprio metais destinados à coleta pública, ou que os prive do uso adequado que se lhe deve dar, prejudica a grande causa alemã e será punido com pena máxima”. Medida semelhante é relatada acerca da Itália, onde todos os portões e grades de ferro deveriam ser removidos, por ordem do Governo fascista. Houve ainda o pleito de um jornal italiano pela remoção das estátuas colocadas em praças e demais logradouros públicos que não eram benquistas ao regime fascista, a fim de que fossem derretidas no esforço de guerra.<sup>194</sup> Mesmo a Primeira Guerra Mundial teve em suas causas questões minerárias, caracterizada como “a mais renhida e gigantesca batalha econômica da história, a batalha entre os capitalistas e metalurgistas da Westphalia, do Sarre, da Silésia e os de Glasgow, Birmingham e Manchester. A indústria e o comércio germânicos tornaram-se os mais perigosos concorrentes da indústria e do comércio britânicos, numa competição vital, cujo eixo assentava, como em nosso tempo, nas minas e nas manufaturas de origem mineral”.<sup>195</sup>

A importância estratégica desses bens para qualquer Estado é indiscutível. O fato de o Brasil ser um país riquíssimo nesses recursos deve nos levar a ter maior atenção em sua gestão pública, em face de sua exauribilidade e da identificação da melhor oportunidade econômica e política para sua extração, visando transformar patrimônio em renda. Distinguindo o petróleo dos demais recursos naturais não renováveis, há quem fale da *petrolização da política em geral*.<sup>196</sup>

Maior receita pública atual não implica afirmar melhor ou pior uso dos recursos – pode-se manter o patrimônio para uso/exploração das futuras gerações. Todavia, trata-se de uma aposta, pois o patrimônio pode ter seu preço aviltado no mercado futuro e a receita não se concretizar. Logo, os mecanismos financeiros devem ser estudados e manejados para um melhor proveito de toda a população, presente e futura, de um país. Mais importante do que a arrecadação – comparativamente baixa no Brasil – é a importância estratégica de sua gestão para o desenvolvimento e a soberania de cada país.

#### 4. SÍNTESE DAS PRINCIPAIS IDEIAS DESTA CAPÍTULO

1) O fato da principal fonte da arrecadação pública ser baseada fortemente em receitas tributárias (Estado Fiscal) ou na exploração do patrimônio público (Estado Patrimonial) não implica necessariamente na existência de um sistema político democrático ou autoritário. Exemplos se multiplicam nos dois sentidos, de forma cruzada. O valor “liberdade” não tem correlação direta com um ou outro sistema de receita pública, dependendo de critérios de desenvolvimento que permitam aos seres humanos exercer plenamente suas capacidades.

2) Os bens públicos que se caracterizam como *recursos naturais não renováveis* possuem enorme *rigidez locacional e esgotabilidade*. Os recursos minerais, entre eles o petróleo, possuem estas características – são bens que *só dão uma safra*. Os potenciais de energia hidráulica não possuem a característica da *esgotabilidade*, mas foram equiparados pela Constituição para o efeito da obrigação de pagamento de *royalties* hidrelétricos. Juridicamente, trata-se de bens públicos *dominiais*, conforme já decidido pelo STF na ADIn 3.273, embora politicamente sejam bens estratégicos para o desenvolvimento e a soberania de qualquer país.

3) A transformação do *patrimônio público* em *receita pública* gera receitas *originárias* da exploração patrimonial, diversas das receitas *derivadas* do poder de império do Estado. Essas receitas podem ser *próprias*, quando, sob uma ótica federativa, decorrem da exploração do patrimônio do *próprio ente federado*, ou podem ser *transferidas*, quando decorrem da exploração do *patrimônio de um ente federado e são remetidas para outro*. No Brasil estas receitas patrimoniais recebidas pela União pela exploração de recursos naturais não renováveis são contabilmente classificadas na rubrica 1340. A despeito da proporcionalmente baixa arrecadação destas receitas em face das demais, os Recursos Naturais Não Renováveis tem enorme importância estratégica para o Brasil, sendo esta característica mais relevante que a arrecadação por eles gerada.

193. Cláudio Scliar, *Mineração e geodiversidade do Planeta Terra*, São Paulo: Signus, 2009, p. 22.

194. *A nova política do subsolo...* cit., p. 29. Embora desatualizada, os registros e relatos históricos de política econômica dessa obra merecem detida análise.

195. *A nova política do subsolo...* cit., p. 108 e ss.

196. Ver Gilberto Bercovici, *O direito econômico do petróleo...* cit., p. 52.