

CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA DEVIDA NA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E RECURSOS MINERAIS E NA GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Regime jurídico e aspectos tributários

HELENO TAVEIRA TORRES

Professor em cursos de graduação e de pós-graduação, conferencista
e consultor tributário em São Paulo — Doutorando em Direito Tributário (PUC/SP)
— Mestre em Direito Tributário (UFPE, 1995)

— Especializado em Direito Tributário Internacional pela I Universidade de Roma "La Sapienza"

1. Considerações iniciais. 2. A compensação financeira na Constituição Federal e na legislação. 3. Reminiscências históricas da compensação financeira e da incidência tributária sobre minerais, petróleo e seus derivados e energia elétrica. 4. Teoria da classificação. Uma breve abordagem: 4.1 A escolha do "critério" inerente à classificação — 4.2 A importância das classificações para a identificação das normas jurídicas — 4.3 Da falsa idéia de "utilidade" e da aplicação dos valores "verdade" e "falsidade" às classificações na Ciência do Direito — 4.4 Da importância indutiva da classificação. 5. A classificação da compensação financeira no âmbito das receitas públicas: 5.1 A compensação financeira como elemento do mecanismo de discriminação constitucional de rendas — 5.2 A retroatividade do direito dos Estados, Distrito Federal e Municípios aos créditos da compensação financeira e o exercício de competência legislativa pelo União — 5.3 A natureza jurídica da compensação financeira e da participação nos resultados. 6. As hipóteses de incidência da compensação financeira: 6.1 Compensação pela utilização de recursos hídricos — 6.2 Compensação financeira devida pelos detentores de direitos minerais a qualquer título (CFEM) — 6.3 Compensação financeira em face da exploração do petróleo, xisto betuminoso e gás natural. 7. Participações especiais aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural: 7.1 A contribuição financeira e a "participação especial" do petróleo. Inconstitucionalidade da cobrança cumulativa. 8. Participação nos resultados da lavra. 9. Vinculação da aplicação da receita por Estados e Municípios. Resquícios de regime ditatorial. Ferimento ao princípio federativo e à autonomia municipal. 10. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

Os contratos de concessão, permissão e autorização e as operações com a explo-

ração de recursos minerais, utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, segundo a

fase e espécie, constituem obrigações pecuniárias de diferentes tipos para os concessionários, permissionários ou autorizados. Como exemplos:

— bônus de assinatura para o contrato de concessão licitado;

— participações governamentais e de terceiros (compensações financeiras ou *royalties*), como previsto no art. 20, § 1º, da CF.

— a mal-denominada "compensação extraordinária", a título de "participação especial", para as explorações ou produções de petróleo, xisto betuminoso e gás natural;

— ICMS, imposto de importação e imposto de exportação nas operações relativas a energia elétrica, derivados de petróleo e minerais do País;

— taxa de fiscalização de serviços de energia elétrica (TFSEE), apenas devida à ANEEL por concessionárias, autoprodutores e produtores independentes que exploram recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, proporcional ao porte do serviço concedido, permitido ou autorizado, af incluída a produção independente de energia elétrica e a autoprodução de energia;¹

1. Esta taxa de fiscalização de serviços de energia elétrica foi criada pelo art. 12 da Lei 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, tendo sido regulamentada pelo Decreto 2.410, de 28.11.97. Sua exigibilidade é definida por uma alíquota proporcional a 0,5% sobre o benefício econômico anual auferido pelo concessionário, permissionário ou autorizado, verificado pela potência instalada para o serviço de geração, transmissão e/ou distribuição. Por isso, sua inconstitucionalidade é evidente: (i) por ser uma taxa de polícia "anual" (sendo a "fiscalização" ato de poder de polícia, ela somente poderia ser cobrada pelo "exercício efetivo" — art. 145, III); (ii) porque a base de cálculo adotada (valor do benefício econômico anual auferido pelo concessionário) infirma a materialidade (fiscalização de serviços de energia elétrica) da hipótese de incidência da norma, o que a transforma em imposto (vedado pelo art. 145, § 2º, da CF); (iii) sendo imposto, deveria ter sido instituído sob a égide do art. 154, I, da CF, isto é, mediante lei complementar. E, (iv) por ferir o art. 155, § 3º, da CF (segundo o qual, à exceção de ICMS imposto de

— além dos tributos acima indicados, na duração do contrato de concessão o concessionário estará sujeito ao regime tributário em vigor nos âmbitos federal, estadual e municipal;

— participação do proprietário do solo nos resultados da lavra (50% dos *royalties* devidos pelos concessionários);

— cobrança pelo uso de recursos hídricos, em face da outorga de uso de recursos hídricos (Lei 9.433/97, art. 19);

Cabe nos tratar da natureza jurídica da referida compensação financeira, ou *royalty*, a título de participações governamentais e de terceiros, que ainda está por merecer uma melhor abordagem por parte da doutrina, ora dividida entre os que tentam enquadrar essa espécie de receita pública dentro do conceito de *tributo*, seja como imposto ou como contribuição de intervenção no domínio econômico, aqueles que a vêem como *indenização* e os que a tomam como espécie de *preços públicos*.

2. A compensação financeira na Constituição Federal e na legislação

A Constituição Federal, além de indicar quais são os bens da União Federal (art. 20), paralelamente, atribuiu competência privativa para esta pessoa política legislar sobre as matérias correlacionadas com a respectiva utilização (art. 22, IV e XII). Além disso, ao cuidar dos princípios gerais da atividade econômica, no art. 176, assim dispôs sobre o assunto:

"As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de ener-

importação e de exportação, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica do País), sua cobrança manter-se-ia impossível e inadmissível, seja como taxa ou imposto. Para maiores considerações: Heleno Taveira Torres, "A compensação financeira devida pela utilização de recursos hídricos, exploração de recursos minerais ou produção de petróleo, xisto betuminoso e gás natural (art. 20, § 1º, da CF) — Sua natureza jurídica", in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, setembro/98, pp. 123 e 124.

gia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

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

“§ 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.”

Do cotejo desses enunciados fica fácil identificar a separação da titularidade da propriedade (solo) da titularidade dos recursos minerais, que estejam na superfície ou no subsolo, e dos produtos oriundos da atividade exploratória. Destarte, a União Federal detém o domínio dos recursos minerais, da lavra e do aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, para fim de exploração ou aproveitamento. Entretanto, se essa atividade de exploração econômica for executada por terceiros fica assegurada a propriedade do produto da lavra aos concessionários, da mesma forma que ao proprietário do solo é reservada a participação nos resultados da lavra, tudo como dispuser a lei.

Quer dizer, sobre os esses bens verifica-se uma “concorrência de direitos reais”, como diz Alberto Xavier² na seguinte ordem de interesses patrimoniais:

— o *superficiário*, titular da propriedade do solo (art. 526 do CC);

— a *União*, titular do domínio público sobre os recursos minerais, quer se lo-

calizem na superfície ou no subsolo, domínio, este, que é uma propriedade distinta da do solo;

— o *concessionário* da lavra, que passa a ser proprietário do produto da lavra, uma vez efetuada a extração.

Contudo, porque a lavra encontra-se situada no imóvel do superficiário e por ser a mesma considerada bem dominical da União, a Constituição Federal determinou que o concessionário, ficaria, perante ambos, submetido a obrigações patrimoniais próprias, devendo:

— em face do *superficiário*, uma participação nos resultados da lavra (art. 176, § 2º, da CF, regulamentado pela Lei 8.901, de 30.6.94), além do aluguel pela ocupação da área, em alguns casos;

— em face da *União*, os direitos relativos às participações governamentais e de terceiros, sob a forma de compensação financeira ou participação nos resultados da exploração, alternativamente (art. 20, § 1º, da CF), cujo produto da arrecadação é partilhado com as demais pessoas físicas em cujos territórios se localizam os bens.

Desse modo, já de início ressaltamos a importância de distinguir claramente as relações jurídicas que se estabelecem entre os partícipes dos vínculos contratuais. Mas neste trabalho nos ocuparemos apenas das participações governamentais e de terceiros.

A respeito dessas participações o constituinte, através do art. 20, § 1º, garantiu que ficaria “(...) 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, 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 por essa exploração” (grifos nossos).

Toda exploração e aproveitamento de petróleo, gás natural, utilização de recursos hídricos e exploração ou produção de

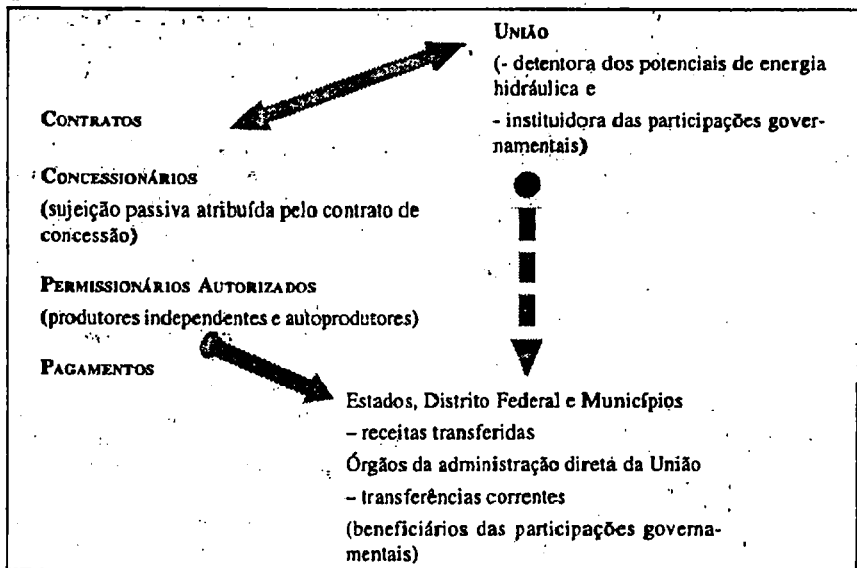
2. “Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 29/10 e 11, São Paulo, Dialética, fevereiro/98.

recursos minerais passaram a ensejar o pagamento de um montante devido aos *Estados, Municípios, Distrito Federal e aos órgãos da Administração direta da União interessados*, em virtude da exploração de bem público de domínio da União, a título de *participação no resultado da exploração, ou uma compensação financeira por essa exploração*, paga pelos concessionários, permissionários ou autorizados, no modo previsto pela legislação, como parcela da atribuição de obrigações que a respectiva qualificação contratual lhes outorga.

A contratação da concessão, permissão (arts. 175 e 176 da CF) ou autorização, por si mesma, não configura a hipótese de incidência dessa exação; tampouco a cria *in abstracto*. O contrato, pela vinculação

da parte interessada às suas cláusulas, apenas constitui para os concessionários, permissionários ou autorizados uma forma de sujeição passiva, pela qual passam a dever, em face dos atos de exploração comercial dos resultados das lavras, potenciais de energia elétrica e jazidas, uma remuneração à União Federal, que a percebe a título de "receita originária patrimonial", mesmo se destinada constitucionalmente para órgãos da Administração direta; bem como entregam aos Estados, Distrito Federal e Municípios interessados, na proporção dos percentuais cabíveis a cada um, como estipulado na legislação federal, as respectivas cotas de participações, que as percebem como "receita transferida".

Esquemáticamente:



Os sujeitos passivos, portanto, pagam os *royalties*, a título de participações governamentais e de terceiros, diretamente às pessoas políticas, Estados e Municípios, ou órgãos da Administração direta, substituindo a União no procedimento de transferência de receitas. Por isso, nenhuma confu-

são pôde ser feita quanto à distinção entre "sujeito ativo" dessa exação, que é a União, e os beneficiários (destinatários) dessas receitas. Estados e Municípios nem arrecadam e nem fiscalizam as referidas participações governamentais. Não são, estas pessoas, sujeitos ativos. Muito menos há nes-

se mecanismo qualquer forma de para-fiscalidade. Os contratantes "pagam" a estes, entregam, apenas, segundo os percentuais que a lei prevê, o *quantum debeatur*, em nome da União — como forma de economia do procedimento de transferências correntes. Sujeito ativo na obrigação patrimonial, portanto, será sempre a União.³

Como se pôde observar, no mesmo ato a receita recebe tripla qualificação: "compensação financeira" ou "participação no resultado", para os pagamentos feitos pelos concessionários, permissivos ou autorizados; "receita originária patrimonial", para a União (órgão da Administração direta); e "receita transferida", para a contabilidade da pessoa de direito público beneficiária (Estados, Municípios e Distrito Federal). Assim, em termos de discriminação de rendas, cabe:

— aos Estados, Distrito Federal ou Municípios, como repartição de receitas;

— aos órgãos da Administração direta da União, como transferência de recursos ao orçamento destes, para que possam cumprir suas missões (DNPM, Ministério das Minas e Energias, IBAMA, Ministério da Marinha etc.).

Eis a demarcação do âmbito subjetivo do direito sobre a compensação financeira em apreço e das relações jurídicas envolvidas.

3. Reminiscências históricas da compensação financeira e da incidência tributária sobre minerais, petróleo e seus derivados e energia elétrica

Para que se possa ter uma melhor visão do assunto, cabe, ainda que de modo perfunctório, uma apreciação sobre a evolução⁴ da compensação financeira e da in-

cidência tributária sobre estes minerais, petróleo e seus derivados e energia elétrica.

Sobre a *compensação financeira*: tudo começou com a Lei Constitucional 4, de 20.9.40, que criou o *imposto único* sobre combustíveis e lubrificantes, destinando uma cota-parte, proporcional ao consumo, aos Estados e Municípios. A transferência desta receita tinha por finalidade ser aplicada na conservação e no desenvolvimento das respectivas redes rodoviárias dos beneficiários.

Em seguida, a Lei 2.004/53, que criou a PETROBRAS, instituiu uma indenização (*royalties*), devida por esta sociedade e suas subsidiárias, destinada aos Estados e Municípios onde fosse realizada a extração do petróleo (os Estados receberiam 5% sobre o óleo extraído ou gás, devendo repassar 20% do que recebessem aos Municípios, proporcionalmente, segundo a produção no âmbito territorial de cada um deles). Esta previsão encontrava-se no art. 27 da Lei, que sofreu várias alterações posteriores, através das seguintes leis: 3.257, de 2.9.57; 7.453, de 27.12.85; 7.525, de 22.7.86; e o Decreto 93.189, de 29.8.86.

Na Constituição Federal de 1967, no seu art. 161, ficou assegurada aos proprietários das jazidas e minas uma *indenização* quando estas fossem exploradas por monopólio da União; ou *participação nos resultados* da lavra, equivalente a um décimo do momento único sobre minerais. Até aquele momento nenhuma outra Constituição Federal cuidara deste aspecto, isto é, sobre a percepção desta "indenização" como espécie de receita.

A essa "indenização"⁵ a Constituição Federal de 1988 resolveu atribuir outros contornos e passou a nominá-la de *compensação financeira*, a qual foi implementada

Compensação Financeira, dissertação de Mestrado, Rio, Universidade Gama Filho, 1994, pp. 1-22.

5. *A contrario sensu* Kyoshi Harada (*Direito Financeiro e Tributário*, São Paulo, Atlas, 1995, p. 47): "Pela vez primeira a chamada compensação financeira veio prevista na Constituição Federal de 1988".

3. Mas ao mesmo tempo, em face dos Estados e Municípios, a União apresenta-se como sujeito passivo quanto à entrega dos valores sob a forma de "receita transferida".

4. Uma mais completa abordagem histórica encontra-se em: Fernando César de Souza Aragão.

pelos seguintes atos legislativos e de regulamentação: Lei 7.990, de 10.12.89, que instituiu a compensação financeira (a União optou por esta, no lugar de uma participação no resultado da exploração); Lei 8.001, de 13.3.90, que definiu os critérios de distribuição da arrecadação entre Estados e Municípios: O Decreto 1, de 11.1.91, regulamentou a compensação financeira em tela. Além destes, quanto ao petróleo e derivados, a Lei 9.478, de 6.8.97, dispôs, também, sobre a cobrança de participações governamentais aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, o que foi regulamentado pelo Decreto 2.705, de 3.8.98.

Sobre a incidência tributária: em paralelo, tracemos também uma linha da evolução da tributação incidente sobre minerais, derivados de petróleo e energia elétrica.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição a cuidar dessa matéria, atribuindo competência aos Estados para decretar o imposto sobre o "consumo de combustíveis de motor de explosão" (art. 8º, I, "d").

Em seguida, a Constituição Federal de 1937 alterou essa competência, passando-a para a União, na medida que atribua a esta poderes para criar o imposto de "consumo de quaisquer mercadorias", o que abrangia o consumo de combustíveis.

A Lei Constitucional 4/40 separou novamente as figuras, mas mantendo esta tributação sobre a "produção, o comércio, a distribuição, o consumo, inclusive a importação e exportação de carvão mineral nacional e dos combustíveis e lubrificantes líquidos de qualquer origem" com a União. A partir daí, ganhou o *status* de "imposto único".

Com a Constituição Federal de 1946 foi mantida a competência da União para criar este imposto único sobre combustíveis e lubrificantes, mas estendendo-se esse regime aos minerais e à energia elétrica. Em função deste dispositivo, a Lei 2.308, de 31.8.54, criou o imposto único sobre a energia elétrica.

Posteriormente, a EC 18/65 à Constituição Federal de 1946 manteve o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes, criou o imposto único sobre minerais e constitucionizou o imposto único sobre energia elétrica. Com isto, a Lei 5.172, de 25.10.66 — o Código Tributário Nacional —, unificou os citados tributos no imposto sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País (art. 74), de competência da União.

A Constituição Federal de 1967, mantendo a competência da União, tripartiu novamente o tributo acima nos seguintes impostos únicos:

— sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos;

— sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica;

— sobre extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País (art. 22, VIII, IX e X, da CF/67).

Mas isso não durou muito, pois a EC 1/69 reuniu estes impostos únicos em um só, salvo o de minerais (art. 21, VIII e IX).

Concluindo esse trajeto, a Constituição Federal de 1988 alterou a fisionomia destas cobranças, estabelecendo uma competência exclusiva dos Estados para tributar com o ICMS, e para a União, pelos impostos de importação e de exportação, o petróleo, a energia elétrica e os minerais, ficando para a União a aplicação do IOF sobre o ouro, enquanto ativo financeiro (art. 153, § 5º), mas sendo o produto da arrecadação transferido para os respectivos Estados (30%) e Municípios (70%). É, em paralelo, a compensação financeira (art. 20, § 1º), como receita transferida.

Vê-se, assim, que a receita pública sob análise surgiu como uma cota-parte do imposto único sobre combustíveis, passou a chamar-se de indenização, ficou conhecida como *royalties* e a partir da Constituição Federal de 1988 consolidando-se como espécie de receita transferida, em face do novo arquétipo jurídico que esta lhe confe-

riu, passando, inclusive, a denominar-se "compensação financeira" ou "participação no resultado da exploração".

Em breves considerações, este é o quadro evolutivo da "compensação financeira", que bem demonstra seu gradual afastamento dos seus vínculos com o gênero *tributo* e lhe atesta a plena autonomia que conquistou com a Constituição Federal vigente:

4. Teoria da classificação: Uma breve abordagem

O maior paradoxo do Direito Financeiro está, para surpresa dos menos avisados, na própria descrição teórica de uma das faces do seu objeto de estudo: a receita pública. Não há consenso dos seus estudiosos sobre as categorias que perfazem a natureza das suas espécies. Ademais, existe ainda profunda incerteza terminológica imperante, corroborada, ainda, por uma extrema variedade de critérios postos para definir a forma classificatória das mesmas.

É clarividente que muito disso poderia ser resolvido com um trabalho de classificação rigoroso, mas há na nossa doutrina, atualmente, a carência de um adequado sistema de classificação para as espécies do gênero "receita pública",⁶ que se põe sempre com uma dificuldade inicial: pouca compreensão do (i) *objeto classificado* e de uma precisa noção do que seja a (ii) *atividade intelectual de classificar objetos*.

Colocar as bases para uma atividade classificatória, agora, é o nosso intento.

6. E isto ocorre porque — como diz, acertadamente, Remo F. Entelman — "as classificações feitas numa dada época podem ser superadas. O conteúdo do repertório não se apresenta alheio ao resultado de sucessivos labores científicos, nem, muito menos, às constantes integrações do sistema de normas, que podem modificar à sua vez as características das situações agrupadas pela classificação" ("El problema de la clasificación en la Ciencia del Derecho", in Eugenio Bulygin, Martin D. Farrel e Eduardo A. Rabossi (coords.), *El Lenguaje del Derecho: Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/d, p. 123).

7. Carlos Alchourron e Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Nova York, Springer-Verlag,

Ab initio, digamos: só é possível classificar se se pode, de antemão, ver o todo conceitual que se deseja ver classificado, em modo dedutivo.

1971, 208 pp.; *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, 277 pp.; e *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 485-498; Carlos Alchourron, "Conflicts of norms and the revision of normative systems", *Law and Philosophy*, v. 10, Neiberland, Kluwer, novembro/91, n. 4, pp. 413-425; Enrique R. Aslalián e José Vilanova, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; J. de Oliveira Ascensão, *O Direito: Introdução e Teoria Geral — Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, 540 pp.; Christian Atias, *Teoria contra Arbitrio*, Milão, Giuffrè, 1990, 246 pp.; Rafael Bielsa, *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, 309 pp.; Norberto Bobbio, *Teoria della Norma Giuridica*, Turim, Giappichelli, 1960, 245 pp.; e *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 5ª ed., Brasília, UnB, 1994, 184 pp.; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 309 pp.; Francesco Carnelutti, *Metodologia del Derecho*, México, 1940, 103 pp.; Amadeo G. Conte, *Saggio sulla Completezza degli Ordinamenti Giuridici*, Turim, Giappichelli, s/d, 230 pp.; Sergio Coita, *Il Diritto nell'Esistenza: Linee di Ontogenologia Giuridica*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1991, 312 pp.; Floriano D'Alessandro, *Personae Giuridiche e Analisi del Linguaggio*, Pádua, CEDAM, 1989, 175 pp.; Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, 393 pp.; Remo F. Entelman, "El problema de la clasificación en la Ciencia del Derecho", in Eugenio Bulygin e Josef Esser, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961, 498 pp.; e *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto: Fondamenti di Razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice*, Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 1983, 380 pp.; Martin D. Farrel e Eduardo A. Rabossi (coords.), *El Lenguaje del Derecho: Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/d, pp. 109-129; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1988, 335 pp.; Sérgio Ferraz (coord.), *A Norma Jurídica*, Rio, Freitas Bastos, 1980, 270 pp.; Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1986, 182 pp.; Antonio Hernández Gil, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Civitas, 1981, 159 pp.; e *Metodología del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, 377 pp.; Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Ed. RT, 1988, 204 pp.; Riccardo

Classificamos utilizando uma linguagem científica, e classificar não é mais que a descrição de determinados processos ou situações, segundo um preciso critério, para efeito de colocar numa certa ordem os objetos em classificação, para que os mesmos possam mostrar os respectivos valores e importância jurídica.

Estamos trabalhando aqui com o tipo de classificação que aparece como um método auxiliar da tarefa indutiva das ciências, que responde precisamente à tendência do conhecimento humano de agrupar os obje-

tos pelas semelhanças que apresentam, diferente das classificações que apenas implicam o fato de dar nomes genéricos a objetos.

Por esses motivos cabe ressaltar que qualquer classificação corresponderá a um método, que é um modo de ordenar, numa pretensão reducionista da complexidade jurídica do fenômeno, e que terá sempre como objetivo a sistematização dos elementos normativos ou uma aplicação didática, na busca de um tipo "ideal" como modelo.

4.1 A escolha do "critério" inerente à classificação

A classificação resolve-se, pois, na descoberta dos caracteres comuns nos diversos objetos — a descoberta, portanto, da unidade na multiplicidade.

A escolha do critério para compor a classificação de elementos do ordenamento jurídico é feita para descobrir, dentro do referido universo, setores e segmentos, gêneros, classes e subclasses, ou tipos e subtipos de elementos que sejam importantes para a descrição dos conceitos aglutinadores. Entenda-se por "critério" a base sobre a qual se determinará a homogeneidade ou a heterogeneidade dos objetos postos sob observação.

Em termos metodológicos a primeira etapa da identificação é a observação dos elementos sistêmicos (as normas) e a segunda é a comparação (observação comparada). Da comparação é que se vai verificar se entre os elementos postos em observação existe ou não qualquer semelhança (qualitativa ou quantitativa),⁸ em função do critério eleito. E servem à comparação não apenas os objetos, como também o "resultado da classificação": a classe que se alcança ao final do procedimento.

8. Para uma crítica do metodologismo: Nelson Saldanha, *Da Teologia à Metodologia*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp. 93-114.

9. Como diz Entelman (s/d, p. 123), "o universo a classificar se constitui pela existência de um ordenamento normativo que dá lugar ao aparecimento de um todo de condutas normadas".

10. Michel Troper, "Les classifications en Droit Constitutionnel", *Revue du Droit Public* julho-outubro/89, Paris, LGDJ, pp. 945-956.

Guastini, *Dalle Fonti alle Norme*, 2ª ed., Turim, Giappichelli, 1992, 325 pp.; e *Le Fonti del Diritto e l'Interpretazione*, Milão, Giuffrè, 1993; Ricardo A. Guibourg, Alejandro M. Ghigliani e Ricardo V. Guarinoni, *Introducción al Conocimiento Científico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994, 212 pp.; Herbert L. A. Hart, *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, 306 pp.; Wesley Newcomb Hohfeld, *Concetti Giuridici Fondamentali*, Turim, Einaudi, 1969, 235 pp.; Ulrich Klug, *Logica Jurídica*, v. XXV, Caracas, Universidad Central, 1961, 223 pp.; Hans Kelsen, *Normas Jurídicas e Análise Lógica*, Rio, Forense, 1984, 106 pp.; e *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1984, 484 pp.; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 620 pp.; Alessandro Levi, *Teoria Generale del Diritto*, 2ª ed., Pádua, CEDAM, 1953, 497 pp.; Franco Modugno, *Appunti per una Teoria Generale del Diritto: la Teoria del Diritto Oggettivo*, Turim, Giappichelli, 1989, 283 pp.; Pablo Eugenio Navarro, *La Eficacia del Derecho*, Madrid, CEC, 1990, 100 pp.; Ricardo Orestano, "Metodologia e Diritto", in *'Diritto' Incontri e Scontri*, Bolonha, Il Mulino, 1981, pp. 145-157; Hans Martin Pawlowski, *Introduzione alla Metodologia Giuridica*, Milão, Giuffrè, 1993, 288 pp.; Jaime M. Mans Puigarnau, *Lógica para Juristas*, Barcelona, Bosch, 1969, 242 pp.; Alf Ross, *Lógica de las Normas*, Madrid, Tecnos, 1971, 173 pp.; *Sobre el Derecho y la Justicia*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1977, 371 pp.; e *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, 128 pp.; Néelson Saldanha, *Ordem e Hermenêutica*, Rio, Renovar, 1992, 311 pp.; William Twining e David Miers, *Come Far Cose con Regole*, Milão, Giuffrè, 1988, 471 pp.; Lourival Vilanova, *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, São Paulo, EDUC, 1977, 230 pp.; e *Causalidade e Relação no Direito*, Recife, OAB, 1982, 218 pp.; Lufs Alberto Warat e Antonio Anselmo Martino, *Lenguaje y Definición Jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho, 1973, 90 pp.

Cada um dos objetos sob nossa observação diferencia-se dos demais por sua realidade e concreção próprias, suas semelhanças e diversidades, fundadas em caracteres específicos. Assim, não serão os objetos em si mesmos considerados, ontologicamente, que vão servir de base para a classificação, mas sim os respectivos caracteres inerentes ao conceito dos mesmos.

Classificar é separar por classes, segundo a homogeneidade das qualidades (caracteres) dos objetos, para, em seguida, efetuar-se a comparação dos conceitos resultantes, cuja variação dependerá diretamente do critério eleito, porque, na proporção de um caractere, dois ou mais objetos podem ser semelhantes, enquanto na proporção de outro podem ser diversos.

O estabelecimento, observando os objetos, das *qualidades* análogas e diversas não serviria para nada se com as qualidades comuns não se fizesse um "modelo" que passasse a prestar-se como termo de comparação para alocar em um certo grupo os objetos com semelhantes qualidades, separando-os dos demais, em função da subsunção dos respectivos conceitos.

Assim, a lista de objetos classificáveis não é formada a toda sorte, mas produto de um *critério*, que se compõe das razões porque incluem um objeto em uma classe ou o excluímos,¹¹ alocando-o em outra. Tudo dependerá do fim a que se propõem (as razões), conforme seja o critério de pertinência à classe adotado, como, a título de exemplo, no caso do Direito Tributário: competência para instituir, motivo da instituição, sujeito passivo apto para a cobrança, critério material da hipótese de incidência etc.

4.2 A importância das classificações para a identificação das normas jurídicas

Os processos ou situações objetivas de que se ocupa a Ciência Jurídica são sempre

normativos, porque servem para a descrição do *sistema positivo do Direito*. Então, as classificações que se façam de conceitos, categorias ou situações jurídicas não é mais, em última instância, que uma *classificação de normas*, com intento descritivo.

Classificar ajuda a reduzir a complexidade estrutural do sistema de normas, para efeito de análise, sistematização e identificação destas, visando a compreender melhor o Direito Positivo e a manejá-lo na prática.¹²

Todos os que laboram com a Ciência do Direito parecem estar de acordo com a idéia de que a mais importante das tarefas da Ciência Jurídica está na descrição do Direito Positivo e sua apresentação em forma ordenada ou sistemática, com o fim de facilitar o conhecimento do Direito e seu manejo prático.

A Ciência Jurídica é uma atividade complexa, que se perfaz de três funções distintas: 1) *identificação das normas do sistema positivo de Direito* (das fontes)¹³ para a criação das normas; 2) *sistematização de tais normas* (correlacionando tipos de situações com consequências jurídicas); e 3) *descrição* do sistema, bem como da *modificação ou transformação do próprio sistema* (pelo dinamismo do sistema, os aspectos de sua mudança, por expansão, contração ou combinação destes — sucessivas expansões e combinações); motivo pelo qual *não é possível isolar um método científico único e característico da Ciência Jurídica*,¹⁴ posto que estas tarefas, na

12. Como nos diz Carnelutti (1940, p. 72): "Convience que los teóricos del Derecho se den cuenta de la función y de la importancia de la clasificación e igualmente comprendan cómo y por qué si la observación non va seguida de la clasificación, non sirve para nada. La clasificación debe hacerse según reglas que ellos mismos deben tratar de descubrir".

13. Ricardo Guibourg, "Propuesta de peregrinación a las fuentes del Derecho", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Milão, Giuffrè, 1993/1994, a. XXV, v. 1-2, pp. 464-483.

14. Eugenio Bulygin, "Dogmática jurídica y sistematización del Derecho", in Carlos Alchourron e Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 465-484.

11. Guibourg, Ghigliani e Guarinoni, 1994, pp. 41 e 42.

prática, são realizadas ao mesmo tempo. Problemas diferentes exigem métodos diferentes, é a regra.

No caso das *expansões* normativas, isto é, de adição de uma nova norma ou um conjunto de normas, geradas pelas fontes do Direito, que pode acompanhar uma correlata *contração*, caso seja(m) derogadora(s) de outra(s) já contida(s) no sistema, impõe-se ao cientista do Direito um imediato exercício de identificação das normas introduzidas. E a classificação parece ser um método muito útil para tanto, com o objetivo de se aplicar o regime jurídico adequado à espécie.¹⁵ Trata-se, pois, de um problema empírico o da identificação prévia das normas.

E, seja como for, a *sistematização das normas*, de relação das mesmas com os diferentes tipos de casos genéricos, só é factível quando já se tenha solucionado o problema da *identificação das normas jurídicas per se*.¹⁶ Por isso, a identificação das normas jurídicas é uma etapa prévia e necessária sem a qual nenhuma sistematização é possível, e esta é uma das pretensões dos modelos classificatórios, quiçá a principal.

4.3 Da falsa idéia de "utilidade" e da aplicação dos valores "verdade" e "falsidade" às classificações na Ciência do Direito

Diz, em modo enfático e corriqueiro, a doutrina¹⁷ que a formulação de qualquer

classificação visa a uma dada "utilidade" e ainda, que não há classificação "verdadeira" ou "falsa", mas "útil" ou "inútil". Mas isso é girar em círculo quando se trata do tipo de linguagem descritiva que tem como linguagem-objeto outra linguagem (prescritiva), como é o caso da Ciência Jurídica.¹⁸

Toda classificação serve à noção de *modelo*, que é sempre uma descrição (um "mapa") da realidade, cujas notas relevantes são destacadas sempre em função de uma dada *utilidade*, sempre. Por este motivo, como qualquer outra atividade descritiva, jamais pode auspiciar ser uma plena *descrição* de tal realidade, posto ser uma "imagem empobrecida" da mesma, que se põe para servir a uma utilidade, a um controle da coerência discursiva sobre o objeto. E por isso os valores que se referem à classificação são os mesmos que informam a linguagem descritiva.

Sendo uma linguagem "descritiva" a da Ciência do Direito, e como se trata de uma linguagem cujos valores aplicáveis são os apofânticos, de "verdade" ou "falsidade", qualquer classificação que se faça de conceitos ou normas jurídicas será, também, verdadeira ou falsa conforme corresponda ou não à realidade do sistema. Se *verdadeira* é "útil"; se *falsa*, como poderia ser óbvio, "inútil".

4.4 Da importância indutiva da classificação

A chave da classificação está nos critérios postos para fins de identificação da relação existente entre o *gênero* e a *espécie*, que nada tem que ver com a distinção entre "conceito" e "objeto".

O "gênero" é uma produção mental¹⁹ e sua realidade, diversamente da espécie,

15. Como bem demonstra Luciano Amaro a respeito da classificação dos tributos, dizendo que: "O interesse dessas questões não está só na discussão acadêmica, pois da capitulação de tais figuras como espécies tributárias depende sua sujeição aos princípios tributários, cuja aplicação pode modificar ou mesmo, em dadas situações, inviabilizar a exigência" (*Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 27).

16. Como dizem Alchourron/Bulygin (1971, p. 69): "(...) we cannot speak about a system or systematization unless a set of legal sentences has been delimited and identified".

17. Gordillo, 1985, pp. 1-10 - 1-13; Guibourg/Ghiellini/Guazgnoni, 1994, p. 40.

18. Seguindo opinião semelhante, o importante estudo de Eurico Marcos Diniz de Santi, "As classificações no sistema tributário brasileiro", in IBET, *Justiça Tributária — 1º Congresso Internacional de Direito Tributário*, São Paulo, Max Limonad, pp. 125-147.

19. "La mente del hombre, como el útero materno, recibe (aprecia) el estímulo exterior y lo elabora".

não é fenomênica, porque interiorizada. Ou seja, somente a "espécie" é um fenômeno, enquanto o "gênero" é um conceito elaborado, fruto da "recomposição" dos caracteres e qualidades (arbitrariamente selecionados) insitos aos objetos subclassificados.²⁰

Na formulação do conceito extrai-se mentalmente do objeto sua aparência singular ou individual; daí ser sempre abstrato, em oposição à imagem ou à representação concreta, ou gráfica.²¹

A cada conceito corresponde um termo,²² que é o signo lingüístico do conceito. "O conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto). Logo, o conceito, na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (signo do conceito), a um objeto."

Toda informação sobre um dado conceito deve ser acompanhada da devida referência às correspondentes imagens dos fenômenos sobre as quais os conceitos são construídos, e vice-versa. Assim também para o Direito, que, por se expressar em lin-

ra en sí, donde aquella que ha recibido (...) forma la vida nueva" (Carnelutti, 1940, pp. 74 e 75).

20. É por esse motivo que se diz que o conceito é sempre uma imagem empobrecida da realidade, uma caricatura do fenômeno, que será tanto mais eficaz quanto menos se distancie deste.

21. Tanto um como o outro são imprescindíveis na conformação do nosso pensamento sobre o respectivo objeto de estudo. Pela abstração, partindo das imagens que temos dos fenômenos, alcançamos os conceitos; numa circularidade que nos permite, em procedimento inverso, partindo dos conceitos, redescobrir as imagens dos fenômenos conformadores do conceito apreciado.

22. "Algo de mais complexo, contudo, ocorre em relação aos conceitos jurídicos, visto que esses não têm como objeto uma coisa, porém significações.

"É que os conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações. Não são conceitos essencialistas.

"Apenas e tão-somente na medida que 'o objeto' — a significação — do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza" (Cru, 1995, pp. 312-315).

guagem, traz sempre nas suas imagens (idéias) um conceito embutido, que se pode alcançar por indução. Daí a importância da classificação no Direito, que serve para, mediante a eleição de critérios apropriados, se apreender os fenômenos em suas particularidades,²³ que, por abstração, devem ser reconduzíveis ao conceito (homogêneo).

A formação dos conceitos exige a presença de requisitos. E os caracteres são requisitos, enquanto forem requeridos para que se determine que o fenômeno pertença a uma categoria e, por conseguinte, a um *genus*, e não a outro diverso. Os requisitos se prestarão à comparação, à classificação e à construção do conceito.

Não podemos descurar que na elaboração de teorias não pode haver arbítrio.²⁴ Na mesma proporção em que o legislador não pode agir em plena liberdade, assim também o teórico do Direito, coartado que se encontra pelos ditames da metodologia. O conceito, como as leis, não é mais que um instrumento. Assim, como a formação de "leis" requer normas de estrutura, a construção de conceitos exige regras de formação; também.

5. A classificação da compensação financeira no âmbito das receitas públicas

Após estas considerações propedêuticas sobre a teoria das classificações, e considerando que a simples referência à sua evolução histórica não satisfaz a pretensão de determinar a natureza jurídica da "com-

23. E tenhamos presente que estas "particularidades" são, no Direito, também conceitos ("impostos", "taxa" etc.). Assim, a Ciência do Direito constrói conceitos sobre conceitos, porque toda lei, sentença ou contrato veicula conceitos (idéias abstratas sobre uma certa situação). O "conceito-gênero" (tributo), o metaconceito, ao qual se chegue pela comparação ou pela classificação, no Direito, nada mais é que uma abstração de conceitos prévios que se referiram à realidade normada.

24. Para uma compreensão dos métodos de elaboração das teorias jurídicas: Atlas, 1990, pp. 105-149.

penção financeira", passa-se a tentar localizar a compensação financeira no âmbito da noção de receita pública.

A *receita pública* pode ser concebida como a soma de dinheiro percebida pelo Estado em caráter *permanente* e que represente um *aumento* no *patrimônio* deste, destinada ao atendimento das necessidades públicas.²⁵

No que diz respeito à classificação, as receitas públicas não devem ser, de imediato, repartidas em "tributárias" e "não-tributárias", como procedem muitos autores. Esse é um erro metodológico gravíssimo, que só se justifica por questionável desconhecimento da doutrina do Direito Financeiro por parte de quem o comete.

As receitas públicas devem ser, preliminarmente, separadas, quanto à origem, em *receitas originárias*, *receitas derivadas* e *receitas transferidas* (discriminação de rendas pelo produto).

As *receitas derivadas* são formadas pelos recursos provenientes da economia privada, representadas pelo tributo, indenizações, ingressos para fiscais e pelas multas, recolhidos sob compulsoriedade e cujos fatos jurídicos identificam atos inerentes à esfera própria do particular. Nada obstante a compensação financeira se apresentar como uma prestação pecuniária compulsória (instituída em lei), não se constitui como sanção de ato ilícito e ser cobrada mediante atividade vinculada, configura-se a mesma como receita que se origina pela utilização do patrimônio público da União, o que a inviabiliza como espécie de receita derivada.

Trata-se a *compensação financeira* ou a *participação nos resultados* de obrigação de Direito Financeiro assumida pelos contratantes, como estabelecido *ex lege*,

25. Para Baleeiro: "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" (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio, Forense, 1992, p. 116).

sem revestir a natureza de obrigação tributária ou forma de indenização.

As *receitas originárias* são as que o Estado arrecada através da *exploração do seu patrimônio*, mediante atividades várias, inclusive econômicas, compreendendo os preços, as compensações financeiras, os ingressos comerciais etc. Estas receitas originárias subdividem-se em (i) *ingressos comerciais* e (ii) *ingressos patrimoniais*.²⁶

Os *ingressos comerciais* são aqueles obtidos através das *formas de intervencionismo* do Estado na economia, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista (art. 173 da CF); por exercício das atividades de monopólio, como correios e telégrafos, energia nuclear (art. 177); ou com a prestação de serviço público, podendo este ser executado por concessionários ou permissionários (art. 175 da CF). Neste universo das receitas comerciais encontram-se os *preços públicos*.

Os *ingressos patrimoniais*, por sua vez, são espécies de receitas originárias que provêm diretamente da utilização do patrimônio público, geralmente obtidos através da exploração dos bens do Estado, como florestas, ilhas, estradas, imóveis residenciais ou comerciais, recursos minerais etc.

Como é sabido, pode a União dispor do seu patrimônio imobiliário e explorá-lo, por concessão de uso (caráter contratual) ou de direito real de uso (como é o caso dos terrenos de marinha) ou permissão (interesse coletivo), para a obtenção de rendas. Essa receita será sempre originária, pouco importando se se trata de ato unilateral ou bilateral, quando a vontade do particular conta apenas para a formação do vínculo.

Por esta razão é que a Lei 9.478, de 6.8.97, estabeleceu que as *receitas provenientes das participações governamentais* decorrentes da exploração de petróleo, alocadas para *órgãos da Administração Pública Federal*, serão mantidas na *Conta*

26. Cf. Ricardo Lobo Torres, *Curso de Direito Tributário*, 5ª ed., Rio, Renovar, 1998, pp. 160-164.

Única do Governo Federal enquanto não forem destinadas para as respectivas programações e que eventual superávit financeiro dos órgãos da Administração Pública Federal interessados, apurado em balanço de cada exercício financeiro, será transferido ao Tesouro Nacional.

Em certa medida, já firmamos em páginas anteriores a qualificação desta receita, a qual, para a União (órgãos da Administração direta), tem natureza de "receita originária patrimonial", enquanto, que para Estados e Municípios sua natureza jurídica é a de uma "receita transferida", pois o produto da arrecadação não pertence à União, que as instituiu, mas sim às pessoas indicadas pelo art. 20, §. 1º, CF, por força do critério de discriminação de rendas contido neste dispositivo. Desse modo, afastam-se as formas de classificação apressadas e com pretensões generalizadoras.

Para Estados e Municípios estas receitas não poderiam nunca ser recebidas como forma de receita derivada, por lhes faltarem as notas típicas de sujeição ativa, ou receita originária (patrimonial ou comercial), como sendo preço público, porquanto não se verificou nenhuma contraprestação que as justifique. E descabe qualificá-las como "preço público", porque o quantitativo devido pela utilização do bem de domínio público objeto do contrato, simplesmente, não pertence a essas pessoas políticas. O que se tem é uma "receita transferida", por expressa disposição constitucional. Não é ingresso patrimonial porque os bens explorados não pertencem aos beneficiários; e não se trata de preço público porque não se perfaz qualquer relação jurídica consensual que permita a contraprestação qualificável como tal.

A conclusão sobre este procedimento não deve impressionar a ninguém, porque no âmbito do regime tributário ele se repete. É o caso do art. 153, § 3º, da CF, ao estabelecer que quando o ouro for definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto sobre operações finan-

ceiras (IOF), devido na operação de origem, mediante uma alíquota mínima de 1%. Ou seja, esta regra comete à União o dever de exigir o tributo, como se fosse uma receita sua, por meio de tributo da sua competência. Porém, ato contínuo, atribui todo o produto da arrecadação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, criando para a União uma necessária despesa com receitas transferidas para aquelas pessoas, ao prever que fica assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: 30% para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem, e 70% para o Município de origem.

Atentos a esses aspectos, conclui-se que a compensação financeira tem contornos próprios, apresentando-se no cenário das receitas públicas com originalidade, enquanto forma de prestação compulsória devida pelos concessionários, sem qualificar-se como espécie de tributo; que constitui "receita originária patrimonial" para a União (órgãos da Administração direta) e "receita transferida" para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

5.1 A compensação financeira como elemento do mecanismo de discriminação constitucional de rendas

O pressuposto basilar para o entendimento deste tópico é o necessário reclamo ao princípio federativo, sob a égide do cooperativismo, que faz distinguir, de modo inequívoco, a pessoa competente, a sujeição ativa e a pessoa beneficiária da receita.

Para evitar concurso de pretensões no exercício legislativo, o constituinte repartiu as matérias e os bens de cada um dos entes políticos em competências, de tal modo coordenado que União, Estados, Municípios e o Distrito Federal somente possam exercer suas respectivas "autonomias" nos estritos limites materiais a eles reservados.

É que o federalismo implica a repartição de obrigações, de deveres de prestar

serviços públicos e realizar obras públicas, o que exige, necessariamente, também, um adequado financiamento mediante repartição de receitas públicas. E várias são as técnicas de distribuição e atribuição de receitas, a qualificar-se pela fonte ou pelo produto destas.

Quanto aos mecanismos de repartição de receitas estabelecidos na Constituição Federal, encontramos os seguintes: (i) a participação direta, por meio de *arrecadação de tributo de alheia competência* (arrecadação direta, sem que a pessoa competente o faça antes) — é o caso da compensação financeira; (ii) participação direta no *produto da arrecadação feita pelo ente estatal competente* (do produto da arrecadação praticada pela pessoa que instituiu o tributo); e (iii) *participação em fundos* (com fundamento no equilíbrio sócio-econômico).²⁷

No caso, temos que a União é a pessoa competente para instituir as respectivas participações governamentais e de terceiros, as quais, por lei sua (art. 20, § 1º), são entregues às demais pessoas físicas, como participação direta.

A relação jurídica patrimonial formada entre a União e o concessionário impõe a este o dever de praticar vários pagamentos e, dentre estes, o de entregar, em seu lugar, às demais pessoas físicas interessadas o percentual devido a título de compensação financeira, como previsto pela Constituição Federal (art. 20, § 1º). Caso esses pagamentos fossem feitos diretamente à União e esta, em seguida, os distribuisse aos Estados e Municípios, o que mudaria? Nada. De fato, a União interpõe os concessionários para cumprir, perante aquelas

pessoas físicas, obrigação financeira tipicamente sua, como obrigação inerente ao contrato de concessão — quanto à transferência de receita.

Destarte, Estados, Distrito Federal e Municípios interessados não se apresentam na relação jurídica como sujeitos ativos em face dos concessionários, mas como beneficiários. Somente apresentam-se como sujeitos ativos quanto à entrega da receita transferida,²⁸ segundo os critérios indicados pela legislação federal.

Tanto é assim que o descumprimento gera sanções e responsabilidades não em face dos destinatários das receitas, mas em face da União, como previsto no contrato de concessão, pelo qual o serviço continua sendo prestado pelo Estado, em regime de direito público²⁹ (arts. 175 e 176 da CF), com todas as suas garantias, mesmo se realizados por sujeitos de direito privado.

Como bem acentua Régis Fernandes de Oliveira sobre a natureza jurídica da contribuição financeira sob exame, reconhecendo seu caráter de receita transferida, ao comentar o art. 20, § 1º, da CF: "Observe-se, aí, um tipo de receita transferida não tributária. A pesquisa e lavra de recursos minerais dependem de autorização ou concessão da União (§ 1º do art. 176), uma vez que a ela pertencem (art. 176), como propriedade distinta da do solo. Há duas situações distintas: (a) participação ou (b) compensação, na forma que dispuser a lei. Da mesma forma, há o monopólio da ex-

28. Arnoldo Wald; Ana Maria Scartezzini, "O regime jurídico da compensação financeira pela exploração de recursos minerais", *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 26/168, a. 7, São Paulo, Ed. RT, 1999: "Mas quem explora os recursos minerais fica obrigado a dar aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e aos órgãos da Administração direta da União participação no resultado dessa exploração ou compensação financeira por essa mesma exploração".

29. Para maiores considerações sobre a natureza jurídica do contrato de concessões v. o importante estudo de Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 1998, 671 pp.

27. Para maiores considerações: Misabel de Abreu Machado Derzi, "Repartição das receitas tributárias — Finanças públicas — Normas gerais e orçamentos", *Revista da UFMG* pp. 351-402; Antônio Roberto Sampaio Dória, *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*, Rio, Forense, 1986, pp. 37-92; Amílcar de Araújo Falcão, *Sistema Tributário Brasileiro: Discriminação de Rendas*, Rio, Forense, s/d, 156 pp.

ploração do petróleo e do gás natural (inciso I do art. 177). Observa-se que não há serviço público aqui, uma vez que se fala em monopólio. Este ocorre em relação a atividades dos particulares, no campo econômico. Sendo assim, do produto de tal arrecadação há participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos exatos termos do § 1º do art. 20. Vê-se que não se cuida de tributos, mas exploração de atividade econômica.³⁰

Neste sentido também a jurisprudência.³¹

"Direito Financeiro — Compensação pela exploração de recursos minerais — Constituição Federal, art. 20, § 1º — Leis ns. 7.990/89 e 8.001/90. — Receita patrimonial e não tributária.

"1. Os recursos minerais constituem patrimônio da União Federal (CF, art. 20, inciso IX) e sua exploração por terceiros depende de autorização ou concessão estatal (art. 176, § 1º).

"2. A compensação financeira assegurada pelo § 1º do art. 20 da CF pela exploração dos recursos minerais constitui receita patrimonial transferida e não tributária, a ela não se aplicando, pois, os princípios constitucionais pertinentes aos tributos.

"3. Assim, impertinentes às alegações de ofensa ao princípio da não-cumulatividade tributária e à exigência de lei complementar para sua instituição, do mesmo modo que válidos os critérios adotados pelo legislador — Leis ns: 7.990/89 e 8.001/90 — para cálculo e distribuição de receita, ainda que merecedores de críticas."

E vale uma incursão ao corpo deste acórdão:

"Não cabe aqui nenhuma consideração de ordem tributária, pois a CFEM não é tributo. Pode a sua cobrança perfeitamente conviver com os três impostos pagos em

razão da exploração dos minerais — o ICMS, o imposto de importação e o imposto de exportação (art. 155, § 3º, da CF).

"Ao objeto dessa obrigação, criada pela Constituição, nominou o constituinte de compensação financeira, se recebida em lugar da participação no resultado da exploração, mas, em verdade, não passa de um ressarcimento mais conhecido como *royalty*, pela exploração de recursos minerais, como bem situa a contestação.

"Se a cobrança se dá no local da extração do minério, ou do seu beneficiamento, isso não é questão que interesse às empresas devedoras, e sim às entidades credoras. Já a diferenciação de alíquota, em razão da classe de minerais, também não torna ilegal a exigência. Trata-se de questão de conveniência política.

"Diante do exposto, nego provimento à apelação, para manter a sentença recorrida, que bem aplicou o Direito ao caso concreto, na linha, aliás, de precedente desta Turma na Ap cível n. 93.22293-0-DF, relatada pelo Juiz. Tourinho Neto (cf. DJU 25.10.93)."

Por tudo isso, a compensação financeira sob análise, para a contabilidade dos Estados, Municípios, Distrito Federal, deve ser tratada como receita transferida não tributária, devida em face da utilização de recursos hídricos, exploração de recursos minerais ou produção de petróleo, xisto betuminoso e gás natural.

5.2 A retroatividade do direito dos Estados, Distrito Federal e Municípios aos créditos da compensação financeira e o exercício de competência legislativa pela União

Como foi salientado, o federalismo fiscal brasileiro encontra-se pautado por rígidos critérios de discriminação de rendas, que se perfaz tanto pela *fonte* (distribuição de competências) quanto pelo *produto* (transferência de receita arrecada), para a qual concorre também a *compensa-*

30. *Receitas Públicas Originárias*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 73 e 74.

31. TRF-1ª R., 3ª T., AC 94.01.29850-5-DF, pres. Juiz Tourinho Neto, rel. Juiz Osmar Tognolo, j. 29.4.96. DJU-Seção 2, sexta-feira, 17.5.96.

ção financeira, pela destinação do produto da sua arrecadação para as demais pessoas de direito público interno.

Apreciando o art. 20, § 1º, da CF, evidencia-se que, quanto à *discriminação pela fonte* (repartição de competência), somente a União é a pessoa indicada pela Constituição como sendo a pessoa "competente" para instituir tal exação, mediante lei votada e aprovada pelo seu próprio Legislativo; e pelo *produto* (transferências correntes), cabe a percepção da respectiva receita aos Estados, Distrito Federal e Municípios, como parte do financiamento federativo de suas atividades.

Contudo, enquanto a União não exercitasse sua competência, instituindo a referida receita, ficariam os Estados, Distrito Federal e Municípios impossibilitados de exigir a aludida participação governamental, impedidos que estavam de exercitar competência própria ou supletiva, sob pena de invalidade do ato institutivo, por vício de inconstitucionalidade.

Resta saber se o exercício de competência pela União seria mesmo facultativo, ou não.

Este assunto, por força do vínculo com a discriminação de rendas, pode ser tratado com as mesmas categorias usadas para definir e caracterizar a "competência tributária",³² que consiste na atribuição constitucional de poder inovar o sistema normativo, editando normas jurídicas em matéria tributária, vale dizer, criando obrigações tributárias, pela demarcação do núcleo da regra-matriz, deveres formais ou instrumentais, e dispondo sobre arrecadação, fiscalização e administração dos tributos criados.

32. Como diz Victor Uckmar, "o problema da distribuição dos poderes em matéria tributária é particularmente delicado, porque não subsiste efetiva autonomia se não existe a potestade de proceder às exigências necessárias para enfrentar as necessidades financeiras do ente; a limitação ao poder de impor tributos comporta inelutavelmente uma limitação à autonomia da entidade" (*Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, trad. de Marco Aurélio Greco, Ed. RT/EDUC, 1976, p. 95).

Dentre as características da competência tributária enunciadas pela doutrina há uma que, talvez, não deva ser aceitável como tal, qual seja, a facultatividade do seu exercício. Segundo os que defendem a existência desta suposta "facultatividade", nada impede que a pessoa política deixe de exercer, no todo ou em parte, sua competência tributária, porquanto seja esta uma *faculdade*, uma permissão constitucional. Baseia-se esta construção no aforisma segundo o qual ninguém pode obrigar a pessoa política a legislar.

Nestes termos a lição de José Artur Lima Gonçalves: "A Constituição toma o espectro total das possibilidades de criação de tributos e o reparte em três compartimentos estanques e inconfundíveis, segundo critérios material e territorial, outorgando-os à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, cada uma dessas pessoas políticas recebe competência impositiva, podendo dela utilizar-se ou não, sem interferência das demais pessoas políticas".³³

Toda essa construção está influenciada pelo inaceitável preconceito segundo o qual a discriminação constitucional de rendas tributárias (pelo produto) não interfere no exercício da tributação pelas pessoas políticas, na medida em que este tema não é tributário, mas tão-só financeiro.

Mutatis mutandis, a discriminação de rendas pode perfeitamente tomar em conta outras receitas de natureza não tributária, como fez com a compensação financeira, mas nada impede que, pela vicinalidade do tema, tomemos a noção de "competência tributária" para traçar os contornos da "competência financeira" que a União exerce na criação da referida entrada pública. Isto porque, em uma ou em outra, o problema da "facultatividade" se mantém à espera de uma melhor resposta.

33. *Isonomia na Norma Tributária*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 23. Assim, também: Roque Antônio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pp. 374-379.

Nestes termos, a discriminação constitucional de rendas pela fonte, caracterizada pela distribuição de competências, que consiste na atribuição direta de receita, não pode ser interpretada adequadamente se dissociada da sua contraparte; que é a discriminação de rendas pelo produto da arrecadação, que representa o financiamento indireto das pessoas políticas titulares das transferências constitucionais de receitas públicas.

Dé fato, o direito às receitas oriundas da discriminação pelo produto somente nasce depois de as mesmas serem criadas, por força da privatividade da competência e da impossibilidade de delegação de tais poderes. Mas cumpre indagar: são mesmo facultativas tais competências (discriminação pela fonte) quando o respectivo produto da arrecadação pertença, no todo ou em parte, às demais pessoas políticas, ou estaria obrigada a pessoa competente a legislar, no mais breve espaço de tempo possível, criando a receita *in abstracto*, sob pena de indiscutível inconstitucionalidade, pela afetação ao princípio do pacto federativo, provocada pela redução das rendas dos destinatários constitucionais do produto?

Não o são, mas com ressalvas. Caso a pessoa política receba da Constituição Federal uma competência para criar determinada receita cujo produto da arrecadação seja exclusivamente seu (imposto sobre grandes fortunas, ISS, IPTU), assim, a inaducabilidade e a facultatividade da competência persistem e devem ser respeitadas. Todavia, se o produto da arrecadação encontra-se constitucionalmente afetado a uma despesa específica (v. art. 167, IV), isto é, a transferência corrente para outras pessoas de direito público interno, então a discriminação pela fonte (competência) perde a facultatividade, devendo ser exercida de imediato, sendo passível de controle de *inconstitucionalidade por omissão*.³⁴

34. "(...). A omissão legislativa ou administrativa reveste o caráter de uma agressão à Constituição, conferindo ao autor um direito público subjetivo à ação de inconstitucionalidade por omissão"

Seguindo este raciocínio, poderiam os Estados e Municípios ter provocado a jurisdição, pelo STF, para que, mediante controle de inconstitucionalidade por omissão, fosse o Legislativo Federal notificado para que procedesse, com a devida diligência, à elaboração das leis que instituiriam a compensação financeira. Esta atitude poderia até mesmo justificar uma responsabilidade objetiva da União, pelos danos causados pela demora na ação de legislar, causados aos titulares das respectivas receitas, em face da decisão judicial controladora da omissão legislativa.

Como isso não ocorreu, descabe a pretensão de após a edição da legislação própria, *de lege lata*, exigir, um eventual perecimento da retroatividade da incidência das normas repositivas, porquanto tacitamente tenham aceite a "facultatividade" do exercício da competência da União.

5.2.1 Do direito à participação governamental antes da regulamentação da lei

— Questão distinta da que acima se comenta, é saber se poderiam os titulares ter pleiteado o pagamento da participação governamental a partir da data da respectiva instituição, isto é, desde o início da vigência da Lei 7.999, de 28.12.89, nos termos do seu art. 11, que previa a entrada em vigor a partir da data da publicação.

Esse é outro tema, que envolve não somente um problema de vigência, mas também de eficácia sintática, por faltar àquele diploma legal seu respectivo regulamento, que lhe permitiria condições para os atos subsequentes de aplicação. Como

(Socia Calmon Navarro Coelho, *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, 472 pp.). Contudo, não é pacífica a sua utilização nesses casos. Enquanto o STF identifica o controle de inconstitucionalidade por omissão com o mandado de injunção, pela similitude na causa de pedir, há quem defenda o contrário. Assim, Ivo Dantas, que, com propriedade, separa ambas, entendendo que a legitimidade para a propositura da ação do controle de inconstitucionalidade por omissão seria a mesma do art. 103 da CF (*O Valor da Constituição*, Rio, Renovar, 1996, p. 124).

diz Paulo de Barros Carvalho,³⁵ acompanhando Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "pode acontecer que u^a norma válida assumo o inteiro teor de sua vigência, mas por falta de outras regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia, não possa juridicizar o fato, inibindo-se a propagação de seus efeitos". É o caso.

Com isso, os destinatários das condutas prescritas (sujeitos passivos), mesmo se vigente a lei instituidora das compensações, ainda não podiam adimplir os atos de cumprimento, pela inexistência do respectivo regulamento, cuja necessária edição estava prevista dentro do prazo de 90 dias (art. 10 da Lei 7.990/89). Esta ineficácia impedia a constituição das relações jurídicas típicas, atribuidoras dos deveres jurídicos de realização das prestações a título das participações governamentais.

Sob pena de afetação ao princípio federativo, não poderia o Executivo da União ter agido como agiu, procrastinando a referida regulamentação, pela edição do competente decreto, por parte do Presidente da República.

A executoriedade da lei ficou prejudicada pela falta do decreto regulamentar, por isso nenhuma relação jurídica vinculante para os concessionários poderia se formar, por falta de eficácia, isto é, produção de efeitos típicos e vinculantes a partir da incidência da norma sobre o suporte fático previsto na hipótese de incidência da norma. Impossíveis a constituição e atribuição de deveres jurídicos para os concessionários, portanto.

Neste sentido encaminha-se a jurisprudência do STF: "É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a ausência de regulamentação impede a aplicação da norma que dependa de complementação para se tornar aplicável" (1^o T., RE 100.702-PR, rel. Min. Sidney Sanches).

Com o advento do Decreto 1, de 11.1.91, nada obstante a Portaria 50, de 26.3.91,

passaram, desse modo, a ser exigíveis os pagamentos das participações governamentais mesmo se estes somente tenham sido efetuadas a partir da edição da portaria.

Decerto, independentemente da existência do regulamento assistia direito aos Estados e Municípios à percepção da receita transferida, podendo estes exigir o respectivo cumprimento da lei retroativamente, até o limite dos 90 dias após a publicação da referida lei. Mas não contra os concessionários, que ainda não estavam obrigados (ineficácia sintática), pela falta de edição do regulamento, mas sim contra a própria União, como espécie de responsabilidade objetiva, pela omissão na edição do ato administrativo normativo³⁶ em descumprimento à regra do art. 10 da Lei 7.990/89.

Contudo, nenhum prejuízo, nestes termos, foi reclamado à União, o que gerou a prescrição de tal possibilidade, haja vista o prazo quinquenal (Decreto 20.910/32) haver sido superado.

5.3 A natureza jurídica da compensação financeira e da participação nos resultados

Prosseguindo no nosso itinerário temático, cabe-nos separar a compensação financeira e a participação nos resultados dos conceitos de "tributo", de "indenização" e de "preço público", situando a natureza das participações governamentais devidas pelos concessionários de atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural aos Estados, Municípios, Distrito Federal ou órgãos da Administração direta da própria União Federal, como acima descrito, na classe que lhe deve ser rigorosamente atribuível pelo Direito Financeiro.

36. Ao invés disso, alguns Estados preferiram arguir a inconstitucionalidade por omissão do Presidente da República quanto à regulamentação da lei em epígrafe, através da ADIn 361-S, rel. Min. Marco Aurélio, a qual foi julgada prejudicada por falta de objeto.

35. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 54.

5.3.1 *A compensação financeira como tributo. Crítica* — Parte da doutrina especializada, ao abordar este mesmo objeto de estudo (a compensação financeira prevista no art. 20, § 1º da CF) quanto à sua natureza jurídica, procura qualificá-lo como sendo uma espécie do gênero "tributo";³⁷ aplican-

37: Neste sentido, concebendo a compensação financeira como uma contribuição de intervenção no domínio econômico, sob a forma de imposto, e considerando sua criação inconstitucional, por ser não-cumulativo, foi criado por lei ordinária e possuir base de cálculo semelhante à do ICMS, o importante estudo de Roque Antônio Carrazza, "Natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. Sua manifestação inconstitucionalidade", *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito* → PUC/SP, 2/300-344, São Paulo, Max Limonad, Nas palavras deste jurista, "trata-se de um imposto sobre o resultado da comercialização dos recursos minerais (ele nasce no momento da venda da substância mineral). Imposto que, não estando arrolado no art. 153 da CF, só pode buscar seu fundamento de validade no art. 154, I, do mesmo Diploma Magnó. (...) Portanto, a compensação financeira pela exploração de recursos minerais foi criada dentro da chamada competência residual da União. É um imposto que, por sua finalidade (compensar os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e o Departamento Nacional de Produção Mineral — DNPM), pode ser havido por contribuição de intervenção no domínio econômico. (...) Um imposto, acrescentamos, que, infelizmente, não passa pelo teste da constitucionalidade, já que cumulativo e criado por meio de lei ordinária (e não de lei complementar)" (p. 329). No mesmo sentido Alberto Xavier: "Ora, se a compensação financeira é um tributo — como largamente se demonstrou —, impõe-se concluir pela inconstitucionalidade da Lei n. 7.990/89, pelo fato de ter criado um verdadeiro imposto, para além da enumeração taxativa dos únicos tributos que podem incidir sobre as atividades de mineração" (ob. cit., p. 19). Wald; Scartezini (1999, p. 170): "Cotejando-se a compensação financeira com a definição de tributo dada pelo art. 3º do CTN, conclui-se que, indubitavelmente, trata-se de um tributo". Também Karen Alvarenga de Oliveira ("Compensação financeira ou um novo tributo?", Instituto Brasileiro de Mineração, VI Congresso Brasileiro de Mineração, Salvador, 15-18.8.95, inédito, pp. 160 e 161): "A 'compensação financeira' instituída pela Lei n. 7.990/89, apesar do nome que lhe foi dado e a menção do art. 20, § 1º, da CF/88, é um tributo, pois preenche todos os requisitos do art. 3º do CTN. Não pode o legislador ordinário se servir de um nome — 'compensação financeira' — para maquiagem um conteúdo identificado como tributo". Esta mesma autora, embasada na doutrina de Geraldo Ataliba, con-

do-se-lhe, por conseguinte, o regime tributário, com suas limitações, princípios, condições e pressupostos. Em que pese à autoridade dos argumentadores, ousamos divergir.

Se fomos seguir a lógica pela qual toda espécie de receita pública, prevista em lei, que não constitua sanção de ato ilícito, possua "fato gerador", "base de cálculo" e "alíquota" e seja exigida como uma prestação pecuniária compulsória, invariavelmente, tenha a fisionomia de tributo, nos termos do art. 3º do CTN,³⁸ portanto, toda e qualquer receita pública (foros, laudêmios, preços públicos etc.) será, doravante, espécie de "tributo".

Para efeito da qualificação atribuível a uma dada espécie de receita, a enucleação do conceito de "tributo" deve ser buscada de modo a permitir, pela necessária distinção entre esta e as demais formas de receitas públicas, a respectiva demarcação material aplicável (impostos, taxas, contribuições etc.) e a sua inserção no campo normativo inerente ao "regime jurídico-tributário".

A extrema variedade das definições propostas pela doutrina bem exprime a incerteza dogmática que, às vezes induzida por acrítica transposição, ainda reina em torno deste conceito, até o ponto de se chegar a contestar a possibilidade de se assumir, com base no Direito Positivo, uma noção unitária de tributo.

De qualquer sorte, seja qual for construção lingüística acolhida para a enunciação da definição do "tributo",³⁹ algumas

clui que a respectiva espécie tributária seria um tributo não vinculado, e, portanto, um imposto.

38. A esta conclusão chega o inextinguível professor Alberto Xavier (ob. cit., p. 10), de quem, com o devido respeito, ousamos declinar a opinião, quando diz que: "(...) pode desde já concluir-se pela natureza tributária das prestações em causa, pois os seus traços essenciais se subsumem por inteiro no conceito de tributo dado pelo art. 3º do CTN".

39. Acompanhamos o professor José Juan Ferrero Lapataza quando diz: "No pretendo, desde luego, dar una 'nueva' definición de tributo que dé por 'superadas' las que antes he transcrito. Tal pretensión de 'supercación', palabra tan frecuente como frívola y científicamente empleada en nuestra literatura

características que lhe são peculiares devem constar da formulação que se adote, quais sejam: natureza pecuniária; regime jurídico de direito público; que não se constitua em penalidade aplicável a ilícito; prestação compulsória — mas todas essas somente serão válidas para a devida distinção se tal prestação for previamente qualificada como *receita derivada*, proveniente do patrimônio privado para o Estado sem qualquer vinculação, direta ou indireta, com o uso do patrimônio público ou transferência de receitas.

Transplantando essas ponderações para a seara da participação governamental em comento, vimos de ver que, não obstante as várias identidades verificáveis entre ela e a noção corrente de tributo, com esta não se confunde, por se qualificar preliminarmente como uma *receita pública* típica, autônoma, independente da noção de tributo,⁴⁰ assim como da noção de preço público e de indenização.

É que esquecem os tributaristas que a especialidade deles encontra-se encastelada numa plataforma mais ampla, a "atividade

jurídico-tributária para referir-se a teorias ya antes elaboradas, no está en mi propósito". (...) también la Ciencia del Derecho es un saber acumulativo. Sólo de modo infrecuente se 'supera' una teoría ya consolidada, forzando su abandono cuando se demuestra que no es coherente con la organización jurídica de una sociedad que el Derecho trata de explicar y mejorar" ("La definición de tributo", *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario* 3/158 e 159, Madrid, Marcial Pons/ILADT, 1997).

40. Para Aurélio Seixas Filho: "O que descaracteriza totalmente a compensação financeira de ser um tributo (ou contribuição para intervenção no domínio econômico) é que a causa de seu pagamento é a exploração (lavra, extração, industrialização e venda) de um bem público, de um bem pertencente à União Federal, e não a venda ou circulação econômica de uma mercadoria ou produto de propriedade do explorador do bem público" ("A natureza jurídica da compensação financeira por exploração de recursos minerais", *Grandes Questões atuais do Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, setembro/98, p. 33). Essa afirmação somente é aceitável porque para este autor seria a compensação financeira um "preço público", a ser exigido proporcionalmente ao resultado dessa exploração, conforme determinação

financeira do Estado", objeto de estudo do "Direito Financeiro", onde a contabilidade pública tem seu relevo e importância, mesmo se insistiam em desconhecer ou, quando menos, negar sua importância.

Ademais, seria de todo inconstitucional a qualificação desta receita como um tributo, classificado na espécie de "imposto", porquanto o mesmo teria destinação afetada, o que a própria CF, no art. 167, IV, veda, peremptoriamente: a vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa;⁴¹ no caso, à despesa com a transferência corrente para os órgãos da Administração direta e com a transferência de receita para as pessoas físicas beneficiárias.

5.3.1.1 A compensação financeira como contribuição de intervenção no domínio econômico: ainda no âmbito das propostas de qualificação da referida compensação financeira como tributo, restava-se a proposta do eminente Roque Carrazza, no sentido de considerá-la como uma *contribuição de intervenção no domínio econômico*.

Após enquadrar a referida compensação financeira no conceito de tributo⁴² e individualizá-la como sendo um tributo não vinculado, ou, melhor, um imposto,⁴³ que

41. "Art. 167. São vedados: (...) IV — a vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 (IR, ITR, IPVA e ICMS) e 159 (IR E IPI), a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem assim o disposto no § 4º deste artigo" (grifado e anotado).

42. Carrazza, 1992, pp. 321 e 322.

43. *Ibidem*, p. 327. Nada obstante o renomado professor, segundo nos parece, incorrer numa contradição mais adiante, ao dizer que: "Imposto, sem dúvida, nada obstante tenha sido denominado *compensação financeira*, porque vinculado *ex rigore iuris* ao ressarcimento (*sic*) aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgão da Administração direta da União (o Departamento Nacional de Produção Mineral — DNP/M), pela exploração de recursos minerais". Não aceitamos a possibilidade de haver tributo com fim de indenização. E mais adiante: "Um imposto — ressarcimento — com

teria como hipótese de incidência a venda, pela empresa, de produto mineral e como base de cálculo o "faturamento líquido das empresas", cuja receita teria como finalidade *ressarcir (sic)* financeiramente os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e órgãos públicos, o ilustre professor conclui entendendo que a compensação financeira preencheria os requisitos de uma autêntica *contribuição social de intervenção no domínio econômico*.

Este esforço teórico da tese proposta é justificado pelo seu autor como forma de argumentação em favor da inconstitucionalidade da referida compensação financeira, como de fato conclui pela sua inexigibilidade, entendendo que sua instituição desobedecera ao regime tributário, particularmente por se tratar de um tributo cumulativo, possuir hipótese de incidência e base de cálculo idênticas à de tributo já existente — *in casu*, o ICMS —, pela falta de lei complementar para sua instituição, porquanto fosse exercício de competência extraordinária (art. 154, I, da CF) e porque o art. 155, § 3º, da CF afastaria sua criação, e o art. 156 da imunidade que contempla.

Mesmo reconhecendo a elevada importância dos argumentos aduzidos pelo professor Roque Carrazza, divergimos da sua conclusão tanto pelas razões do quanto já foi exposto *supra*, ao cuidarmos da compensação financeira como *receita originária* (para a União — órgãos da administração direta) e como *receita transferida* para as pessoas políticas beneficiárias. Quanto resistamos em admitir a existência de qual possam Estados e Municípios receberem esta compensação financeira, a receita transferida, perceber a mesma como consequência de uma suposta *contribuição social de intervenção no domínio econômico*".

... dos Municípios, o Distrito Federal e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), para a exploração de recursos minerais". Definiu a expressão como compatibilizar esta afirmação com o princípio que o ilustre doutrinador tece à respeito da compensação financeira como "intervenção no domínio econômico" e ao princípio da não afetação da receita, presente no art. 167, IV, da CF.

5.3.1.2 Instituição da compensação financeira por lei ordinária: Constitucionalidade: indagam alguns doutrinadores se a lei ordinária seria o veículo normativo competente para instituir a cobrança da compensação financeira em análise, visto que, em face do princípio federativo, por caber aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação nesta receita, poderia surgir algum conflito de interesse quanto à constituição e distribuição dessas receitas.

Como afastamos a natureza tributária desta receita pública e porque a Constituição Federal, previamente, já estipulara as *materialidades* sobre as quais incidiriam as participações governamentais e de terceiros e seriam devidas suas prestações em favor das pessoas políticas interessadas, é que entendemos ter o legislador da União cumprido seu papel por meio do veículo introdutor de normas adequado, qual seja, mediante lei ordinária. (Leis 7.790/89, 8.001/89, 9.478/97 etc.).⁴⁴

E mesmo para aqueles que a tomam como espécie de tributo não vejo como fosse possível justificar sua criação por exercício de *competência extraordinária*, exatamente porque a Constituição Federal já definiu as *materialidades* possíveis: operações com a exploração de recursos minerais, utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural. A base de cálculo possível: o faturamento com estas operações de comercialização. O sujeito ativo: a União⁴⁵ e os beneficiários.

44. Neste mesmo sentido são várias as decisões jurisprudenciais: TRF-1º R., 3ª T., AC 1.222.293-DF, Juiz Tourinho Neto, DJU 25.10.93; AC 127.238-DF, Juiz Tourinho Neto, DJU 23.11.95; AMS 134.468-BA, Juiz Fernando Gonçalves, DJU 1.7.94; AC 128.881-DF, Juiz Olindo Menezes, DJU 9.5.96; 4ª T., AMS 133.936-DF, Juiz Eustáquio Nunes da Silveira, DJU 8.5.97; TRF-5ª R., 1º T., AMS 50.298-SE, proc. 95.05.21840-0, Juiz Castro Meira, DJU 20.9.96; AMS 51.268-AL, proc. 95.05.26628-6, Juiz Francisco Falcão, DJU 20.12.96.

45. Neste caso não se aplicaria a imunidade recíproca (art. 150, VI, "a", da CF), por ser previsão constitucional expressa (art. 20, § 1º) e porque não se caracteriza como "patrimônio", "renda" ou "serviço"

É que no sistema constitucional brasileiro o uso de lei complementar só tem sentido, afóra os casos previamente indicados pela Constituição como sendo de "matéria" própria desta, quando hou ver qualquer possibilidade de conflito de competência ou para determinar a válida construção de outras normas, como "leis sobre leis". *In casu*, não existe qualquer conflito de competência, porquanto a única competência disponível é a da União, privativamente (art. 22, XII, da CF), para tratar da criação da compensação a ser paga pela própria União Federal, conferida pela Constituição às demais pessoas físicas (transferência de receita), bem como os parâmetros mínimos a serem obedecidos para a distribuição das correspondentes participações.

5.3.1.3 A compensação financeira e a imunidade do art. 155, § 3º, CF: tecidas estas considerações históricas, voltemos ao seio da CF/88 para apreciar a relação entre o art. 20, § 1º, e o art. 155, § 3º, que assim dispõe: "Art. 155. (...) § 3º. A exceção dos impostos de que tratam o inciso I, 'b',⁴⁶ do caput deste artigo e os arts. 153,⁴⁷ e II,⁴⁸ nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais no País" (destacamos).

Argumentar que o legislador constitucional, ao não incluir a compensação financeira aludida no âmbito do artigo acima, não admitiria sua cobrança sobre as operações ali referidas é, de fato, um contra-senso. Não há, e nem pode haver, regras contraditórias em nossa Carta Maior, pois o sistema jurídico brasileiro não admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais, relativamente ao conteúdo da Constituição Federal originária. E afirmar que a regra acima repro-

duzida estaria sendo ferida por outra regra, tão constitucional quanto aquela; equivaleria a afirmar que uma das duas regras não poderia restar no Ordenamento Supremo.

Em verdade, como já foi demonstrado *supra*, este assunto não é novo e o próprio art. 20, § 1º, da CF tem sua gênese derivada das "relevantes" celebrações que se firmaram em torno do antigo imposto único sobre minerais,⁴⁹ art. 21, VIII, da CF/67: "Compete à União instituir imposto sobre: (...) VIII — produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de outros tributos sobre elas".

Como se vê, a construção deste dispositivo não deixava claro se o imposto incidiria uma única vez, em qualquer uma das operações, de modo a não incidir nas demais, realizando uma não-cumulatividade,⁵⁰ ou se, pelo contrário, incidiria uma única vez, mas em cada uma das operações referidas, autonomamente consideradas.⁵¹ É dizer, noutro giro: cada uma delas poderia suportar apenas uma incidência, mas todas seriam cumulativamente tributáveis.⁵²

49. Miguel Reale, "Direito dos Estados à participação no produto da arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis", *RDP* 72/54-59, a. XVII, São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro/84; José Souto Maior Borges, "Participação dos Estados no produto da arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis", *RDP* 69/86-100, a. XVII, São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/84; Luciano Benévolo Andrade, "Direito dos Estados e Municípios no produto da arrecadação do imposto único sobre energia elétrica", *RDP* 70/100-115, a. XVII, São Paulo, Ed. RT, abril-junho/84; Hely Lopes Meirelles, "Direito dos Estados à participação no imposto único sobre energia elétrica", *RDP* 69/73-78, a. XVII, São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/84.

50. Assim entendia Rubens Gomes de Sousa, *Aspectos do Imposto Único sobre Minerais*, Salvador, 1971, pp. 56 e 57.

51. Opinião de Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Rio, Forense, 1981, pp. 316 e 317.

52. Cf. José Souto Maior Borges, *ob. cit.*, p.

46. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior — ICMS.

47. Imposto sobre importação de produtos estrangeiros.

48. Imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados.

Na atual Constituição de 1988 o constituinte procurou resolver este problema aplicando uma incidência fiscal cumulativa nas fases de importação ou de exportação e de circulação, distribuição ou consumo, adotando, para efeito de repartição do produto da receita, o seguinte critério: para a União, o imposto de importação e o de exportação; para os Estados, o ICMS, no qual os Municípios participam do produto (art. 158, IV, da CF).

Quanto à fase de produção, uma vez que a União já se beneficia com o domínio dos bens e ganhos íspicos a estes vinculados, como bônus de assinatura para o contrato de concessão licitado etc., para compor o quadro da discriminação de rendas, estabeleceu o constituinte a obrigação à União de pagar, alternativamente, uma compensação financeira ou uma participação no resultado da exploração aos Estados, Distrito Federal, Municípios ou órgãos da Administração direta Federal, sob a forma de receita transferida.

Desse modo, a disposição constitucional do art. 155, § 3º, da CF, no que possui de imunidade,⁵³ não conflita com o art. 20, § 1º, da CF, na medida em que a participação governamental não tem natureza tributária — haja vista tratar-se de uma receita transferida inerente à discriminação constitucional de rendas, e não de uma receita derivada. Ou seja, em vedar a incidência de outros tributos no art. 155, § 3º, não está a Constituição Federal afastando a aplicação daquela participação, justo porque de tributo não se trata, mas sim de espécie de receita própria. E, *ad argumentandum*, mesmo que fosse tributo, como a Constituição

Federal já prevê, cumulativamente, a cobrança da mencionada compensação, de modo algum caberia argüir a existência de um eventual conflito de normas para este caso.

5.3.1.4 Princípio da segurança jurídica. Não aplicação do regime tributário. A manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão: como já adiantamos, não está a cobrança da compensação financeira sujeita às limitações ao poder de tributar, com imunidades, princípio da anterioridade, princípio da capacidade contributiva, não-cumulatividade e outros. Mas isso não pode servir de pretexto para que a União, ao seu alvedrio, crie novas obrigações ou aumente desmaziadamente as já existentes, em face da necessária manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão firmado, que deve preservar, como garantia da segurança jurídica que deve propiciar aos concessionários.

A concessão de uso de bem público, diferentemente da permissão e da autorização, é ato bilateral, "é o contrato administrativo pelo qual, como o nome já o indica, a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade específica".⁵⁴

Como é sabido, a Administração tem o poder de alterar os termos pactuados no contrato administrativo, e até mesmo de extinguir o contrato, unilateralmente. Tais prerrogativas denotam a supremacia da Administração Pública, e são necessárias na medida em que o contrato administrativo, em última análise, visa à satisfação de interesses da coletividade, e não de um ou poucos particulares.

No entanto, estas reservas não podem chegar ao ponto de afetar a proteção do contratado, cuja máxima expressão está no *equilíbrio econômico-financeiro*, que deve

53. Entende o professor Roque Carrazza que, neste caso, não foi criada qualquer imunidade tributária ("Natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. Sua manifesta inconstitucionalidade", *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito — PUC/SP* 2/333, São Paulo, Max Limonad, E. mais adiante: "(...) a União, usando o *nomen iuris* compensação financeira, criou, na verdade, um novo imposto sobre operações relativas a minerais. Malferiu, igualmente, o § 3º do art. 155 da CF".

54. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 580. Também: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Uso Privativo de Bem Público por Particular*, São Paulo, Ed. RT, 1983, p. 88.

ser respeitado. A esse propósito, diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Aliás, a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada nem mesmo por lei. É o que resulta de dispositivo constitucional, o art. 37, XXI, pois serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. (...).

"De outra parte, o equilíbrio econômico-financeiro está abrigado, ainda, por outro dispositivo constitucional: o art. 5º, XXXVI, segundo o qual 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. A equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo."⁵⁵

O equilíbrio econômico-financeiro é o princípio que protege o contratado de eventuais tentativas de arbitrariedades da Administração Pública no tocante ao aumento dos encargos.⁵⁶ E mesmo que estes sejam per-

petrados por lei não poderão ser admitidos.⁵⁷ Desse modo, vedada está a possibilidade de o Estado criar adicionais às participações governamentais e de terceiros, bem como ampliar os custos dos concessionários ao arripio do quanto disponha o contrato de concessão em vigor, sob pena de praticar ato de todo ilegítimo e inconstitucional; por ferir a equação econômico-financeira do contrato, o que deve ser imediatamente corrigido, administrativa ou judicialmente.⁵⁸

5.3.2A compensação financeira como indenização. Crítica — Segundo Ricardo Lobo Torres⁵⁹ as compensações financeiras teriam a natureza de indenização pela perda de recursos naturais situados nos respectivos territórios ou de contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos respectivos Poderes Públicos estaduais e/ou municipais — dispêndios com a infra-estrutura necessária de bens, serviços e assistência à população envolvida na mesma.

No mesmo sentido, ao comentar o § 1º do art. 20 do texto constitucional, Regina Helena Costa diz: "A compensação financeira constitucionalmente prevista possui natureza indenizatória. Ainda que a propriedade dos recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertença à União (art. 20,

Privados 3/29-31, a. 3, Lima, Universidad de San Martín de Porres, 1998.

57. Neste sentido, também: Eros Roberto Grau, "Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos", *RDP* 96/61-68, a. 24, São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro/90; Celso Antônio Bandeira de Mello, "Contrato administrativo. Direito ao equilíbrio econômico e financeiro. Reajustes contratuais e os planos Cruzado e Bresser", *RDP* 90/98-114, a. 22, São Paulo, Ed. RT, abril-junho/89.

58. Fazendo ver que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro está vinculado tanto à teoria da imprevisão quanto à teoria do *fait du prince*, sobre este diz Jean Rivero: "Quando o Poder Público (o príncipe) agrava pela sua ação as condições do cumprimento do contrato, pode ser obrigado a indemnizar o contratante. A indenização é então integral, quer dizer, igual ao prejuízo sofrido" (*Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1981, p. 149).

59. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 4ª ed., Rio, Renovar 1997, p. 163. Também: ...

55. Ob. cit., p. 405.

56. Para resolver este problema o Legislativo do Peru, mediante o art. 63 da Lei 26.221 — *Ley Orgánica de Hidrocarburos* —, mesmo se de um modo que julgamos inadequado, estabeleceu que o Estado deve garantir ao contratante que o "regime tributário" vigente à data de celebração do contrato será mantido inalterado durante a vigência do mesmo, para efeito de cada contrato. Segundo a doutrina peruana "regime tributário" equivale ao conjunto de tributos vigentes em um país em determinada época (distinto, por isso, do conceito de "sistema tributário", que corresponde às normas sobre o fenômeno tributário). Conforme Jorge Bravo Cucci, importante tributarista de Lima: "En relación a las cláusulas de estabilidad tributaria, su fundamento constitucional se encuentra dado por el segundo párrafo del art. 62º de la Constitución Política del Perú, que señala: 'Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente (...)'. Una vez celebrado un contrato de estabilidad tributaria al amparo de la Ley n. 26.221, el régimen tributario del beneficiario queda 'congelado' excepto en el caso del IVA en el cual sólo se garantiza su naturaleza trasladable" (informação transmitida por e-mail). Para outras considerações a este respeito: Rosanna Brignetti Barbis, "Estabilidad tributaria en los contratos petroleros:

IX) „pressupõe a Lei Maior, um prejuízo para aquela pessoa em cujo território se dê a respectiva exploração”. Este raciocínio é justificado pela autora porquanto, no seu entender, “a *ratio* do mesmo foi a de garantir, às pessoas mencionadas, ressarcimento pela exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, e de outros recursos minerais nos respectivos territórios, sob a forma de participação no resultado dessa exploração ou compensação financeira”.⁶⁰

Também há decisões judiciais⁶¹ que atribuem à compensação financeira tal natureza indenizatória, negando-lhe o caráter tributário, como esta:⁶²

“Tributário — Exploração de recursos minerais — Compensação financeira pela exploração — Natureza jurídica: legalidade e constitucionalidade.

“1. A compensação financeira paga pela exploração de recursos minerais, prevista na Lei n. 7.990, de 28.12.89, não é ilegal nem inconstitucional. Sua cobrança representa apenas o cumprimento de um mandamento constitucional (art. 20, § 1º).

“2. Não se trata de receita tributária, senão de uma receita patrimonial originária do Estado, como ressarcimento pela exploração mineral no seu território.”

Indiscutivelmente, o termo “compensação financeira” induz a compreensão do intérprete a relacionar a significação que se pretende indicar com alguma espécie de indenização ou forma de ressarcimento financeiro. Nada obstante essa possibilidade, não se pode descurar que o legislador utiliza-se sempre de uma linguagem técnica assentada em discurso natural. É a linguagem dos que representam o povo falando para este, e por isso imprecisa, cabendo ao operador do Direito a correta manipulação da terminolo-

gia usada, identificando os conteúdos normativos para efeito de determinar o regime jurídico aplicável em cada caso. Como assinala Paulo de Barros Carvalho: “Mas, enquanto é lícito afirmar-se que o legislador se exprime numa linguagem livre, natural, pontilhada, aqui e ali, de símbolos científicos, o mesmo já não se passa com o discurso do cientista do Direito. Sua linguagem, sobre ser técnica, é científica”.⁶³

Ora, o regime jurídico atribuível ao uso de bens públicos, inibe aquele tipo de conclusão. Os bens são todos da União, não cabendo, pois, qualquer espécie de indenização aos Estados, Distrito Federal ou Municípios.⁶⁴ Se alguém possui qualquer legitimidade para pretender alguma indenização em face de inundações, lavras, prospeção etc., este será o proprietário do imóvel afe-

63. *Curso de Direito Tributário*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 5.

64. Exemplo dessas confusões, o Município de Itabira/MG, às vésperas da privatização da Cia. Vale do Rio Doce, ajuizou demanda pleiteando a declaração de pretensão direito a uma indenização da mineradora, embasado em estudo elaborado por empresa de consultoria, no entendimento de que as atividades de mineração levadas a efeito pela Cia. Vale do Rio Doce foram lesivas aos “recursos minerais de Itabira” e que, sob o manto do “desenvolvimento sustentável”, se imporia à empresa o ônus decorrente de supostas perdas econômicas sofridas pela Municipalidade. Como se vê, um Município recorre ao Judiciário pretendendo ser indenizado pelo fato de as reservas minerais localizarem-se no seu subsolo, como se a atividade estatal fosse ilícita e danosa aos interesses nacionais. A Cia. Vale do Rio Doce, na contestação, arguiu a impossibilidade jurídica do pedido (a legislação prevê o pagamento pela mineradora do *royalty*, esquecendo-se o Município de que o fenômeno tributário como atividade estatal se traduz no princípio da reserva de lei, não havendo embasamento jurídico ao pedido de indenização, que, em última análise significa inconformismo com a legislação tributária que foi imposta aos mineradores). Se o solo e o subsolo são considerados bens da União, não autoriza o ordenamento jurídico vigente hipótese de indenização ao Município onde geograficamente encontra-se o jazimento mineral, alegando uma suposta exaustão das reservas minerais. Este assunto encontra-se assim relatado e discutido por: Geraldo C. Braga, Fernando Serva Café Carvalhaes e Denes Martins da Costa Lott (advogados da CVRD) no artigo “Atividade mineral e indenização ao Município”, disponibilizado na Internet.

60. “A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais”, *RTDP* 13/128, São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

61. Assim decidiu a 1ª T. do TRF — 5ª Região, AC 599.310, *DJU* 20.12.96.

62. TRF-1ª R., 3ª T., AC 93.01.28881-8/Direito Financeiro, rel. Juiz Olindo Menezes.

tado, pessoa física ou jurídica. Não outro, como antecipa a própria legislação.

Neste sentido Alberto Xavier é bem esclarecedor, ao dizer: "(...) o domínio dos recursos minerais pertence exclusivamente à União, pelo que não teria qualquer fundamento a atribuição de um direito a indenização a outros entes políticos não titulares dos bens em causa".

Também Adriano Daleffe: "Já que não se reconhece direito de propriedade ao Estado, ao Município e ao Distrito Federal sobre o solo alcançado pela sua delimitação territorial, não há lugar para garantir-lhe indenização por eventuais danos decorrentes da exploração mineral. Essa indenização é paga ao proprietário do imóvel atingido e, na fase de exploração, traduz-se em participação "nos resultados da lavra".

Ademais, indenizações são espécies de receitas derivadas e tudo o que já foi dito e virá na seqüência como razões para desconfirmar a relação entre esta compensação financeira, que tem natureza própria, segundo o nosso entendimento, e o conceito de tributo, outra espécie de receita derivada, serve, por analogia, para justificar a inadequação da qualificação destas participações governamentais como forma de indenização.

5.3.3 A compensação financeira como preço público. Crítica. — Como já foi dito em linhas anteriores, a participação governamental, para os Estados e Municípios, não é *ingresso patrimonial* porque os bens explorados não pertencem a estes; e não se trata de *preço público*, porque não se perfaz qualquer relação jurídica consensual que permita à contraprestação ser qualificável como tal. Falta objeto à relação jurídica, por serem os bens da União e ser o produto da exploração comercializado entre o concessionário e os respectivos consumidores, sem qualquer interferência das partes titulares do direito de crédito à participação governamental aludida.

Definitivamente, de preço público não se trata.

Se é que se pode falar em "preço público", nas atuais condições, estes seriam

aqueles praticados nas relações entre o concessionário e o consumidor da sua produção, isto é, um *preço público* proporcional ao valor do benefício, estipulado segundo as leis de mercado e consensualmente entre as partes, porque assim seriam qualificados os ingressos na contabilidade da União, no caso de ausência do contrato de concessão, quando esta comercializasse sua produção. Como o regime da concessão não altera a natureza dos pagamentos, estes até poderiam continuar sendo classificados como preços públicos, quanto ao regime jurídico aplicável àquelas relações, mas sem maiores repercussões práticas, salvo aquela de não se imputar o regime das taxas às relações jurídicas formadas.

O preço público sempre refere-se às coisas, e, às vezes, a serviços de caráter comercial ou industrial (transportes, comunicações etc.). Por isso, o Estado quando cobra preços o faz porque efetua a *venda de coisas*, entrega unidade de seu patrimônio ou os frutos ou produtos desse patrimônio.⁶⁵ Quando *presta serviços, mediante preços*, o Estado fornece transportes, transmite comunicações, distribui água etc.

O conceito de preço público, embora muito complexo, pode ser definido como sendo uma contraprestação pecuniária, exigida segundo os princípios da proporcionalidade e da consensualidade, com base no dispositivo constitucional que autoriza a intervenção no domínio econômico, o monopólio ou a concessão ou permissão de serviço público que não seja remunerável por taxa.

Dois princípios, pois, aplicam-se à sua construção conceitual: o da proporcionalidade e o da consensualidade.

Pelo princípio da *consensualidade* só poderíamos admitir ser a compensação financeira uma espécie de *preço público*⁶⁶ se

65. Baleeiro, 1992, p. 122.

66. Segundo A. Theodoro Nascimento preço público é a "quantia que representa pagamento pela utilização e consumo de serviço ou produto, de natureza comercial ou industrial, que o Estado fornece, ou que representa pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem púb-

a contraprestação proporcional pelo uso de patrimônio público, com base nos resultados da exploração, fosse devida *ex voluntate* pelos concessionários,⁶⁷ por força do contrato de concessão, à União, a quem os bens pertencem. Mas não é isso o que ocorre.

O outro princípio fundamental que rege o preço público é o da *proporcionalidade* ou do *benefício*, pelo qual cada cidadão deve despendêr recursos idênticos ao benefício total recebido com a entrega de serviços públicos. Com a cobrança de preços públicos ou tarifas devem as empresas e os órgãos estatais garantir a justa remuneração do capital investido através do igual tratamento dos utentes do serviço, o que é conseguido pela adequada *proporção* entre serviço consumido e preço pago.

De fato, como argumentam alguns, existe cláusula própria do contrato de concessão que prevê o pagamento dos *royalties* pelo concessionário aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da Administração direta da União. Contudo, a fonte que determina a respectiva exigibilidade não é o contrato *per se*, mas a lei (federal) que os instituiu, pelo que não se pode falar em livre acordo de vontades suficiente para desencadear a formação de um regime jurídico típico de preços públicos, porquanto o contrato que persiste é o de concessão e se estabelece entre a União e os concessionários, e não entre estes e os entes governamentais titulares da participação.

Melhor dizendo, a obrigação de pagar o correspondente não tem como fonte o

próprio "contrato de concessão",⁶⁸ na medida que a correspondente prestação deriva de expressa disposição legal (federal), segundo a competência definida no texto constitucional, cuja regra-matriz toma como sujeito passivo todo e qualquer sujeito que mantenha contrato de exploração comercial sobre algum daqueles bens que compõem a respectiva materialidade: petróleo, minério ou recursos hídricos, para produção de energia elétrica.

6. As hipóteses de incidência da compensação financeira

Como se vê, a Constituição estabeleceu para a União a possibilidade de criação de uma participação, de cunho patrimonial, destinada aos demais entes políticos, em face da exploração de recursos minerais, utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, devendo o Congresso Nacional, enquanto órgão legislador daquela pessoa política, prever qual das duas modalidades de participação deveria ser adotada em cada caso, alternativamente, se compensação financeira ou participação nos resultados.

No exercício desta permissão constitucional, o Congresso Nacional preferiu instituir as respectivas *compensações financeiras*, variando a sua regra-matriz de incidência segundo a materialidade das formas de exploração de recursos, através da Lei 7.990, de 28.12.89; complementada e modificada pela Lei 8.001, de 13.3.90, e regulamentada pelo Decreto 1, de 11.1.91.

Esses diplomas normativos criaram *in abstracto*, portanto, obrigações patrimoniais originárias, típicas de Direito Financeiro, dirigidas aos respectivos concessionários.

6.1 Compensação pela utilização de recursos hídricos

A primeira espécie de compensação financeira de que cuidaremos é a devida

blico dominial" ("Preços, taxas e parafiscalidade", in Aliomar Baleeiro (coord.), *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, v. VII, Rio, Forense, 1977, p. 8.

67. Neste sentido Carrazza (1992, p. 320): "Não se cogita, aqui, de nenhum contrato (ato de vontade), do qual deriva — para quem explora, mediante concessão ou autorização, recursos minerais — o dever de efetuar o pagamento da predita *compensação financeira*". Também Wald; Scartezini (1999, p. 168): "Evidentemente, inexistente qualquer impositiva contratual no tocante à compensação financeira, pois não há tratativa entre as partes interessadas, uma vez que a determinação vem do texto constitucional, que acrescenta ser a compensação assegurada nos termos da lei".

68. Este é fato jurídico necessário para desencadear o dever de pagar o *bônus pela assinatura do contrato*, que é bem outra coisa.

pela utilização de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica.

O valor devido a título desta compensação pela utilização de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, varia, a depender se a energia é produzida por concessionárias ou se é de uso privativo do produtor, e as frações a que os beneficiários da compensação financeira de uma determinada usina terão direito serão calculadas de acordo com fórmulas específicas, segundo o titular do benefício, nos termos do art. 8º do Decreto 1/91.

No primeiro caso será de 6% sobre o valor da energia produzida, a ser paga pelos concessionários de serviço de energia elétrica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica, ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios (Lei 7.990/89, art. 2º). A compensação financeira neste caso somente é devida com o aproveitamento externo da energia produzida, isto é, quando esta energia é vendida para o público.

Sendo para uso privativo de produtor (autoconsumo), a energia elétrica de origem

hídrica será gravada, também, com a aplicação de um fator de 6%, nas mesmas condições e preços do concessionário do serviço público local, quando (i) houver excedentes de energia e esta for aproveitada para uso externo de serviço público e (ii) a instalação consumidora estiver, em outro Estado da Federação, hipótese na qual a compensação será devida aos Estados e aos Municípios em que se localizarem as instalações de geração de energia elétrica (Lei 7.990/89, art. 3º, e Decreto 1/91, art. 3º).

Quanto ao art. 2º, acima citado, a compensação financeira será paga, mensalmente, pelas concessionárias distribuidoras de energia elétrica, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios, bem assim aos órgãos da Administração direta vinculados com esta exploração, como é o caso da Secretaria de Ciência e Tecnologia, ANEEL etc.

Em face da menor complexidade, pode-se assim representar, didaticamente, a estrutura da norma impositiva dessa compensação financeira:

CRITÉRIOS	ELEMENTOS
HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA — FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO (FATO GERADOR)	
Crítério material	Utilização de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica por concessionárias * Somente é devida com o aproveitamento externo da energia produzida, isto é, quando esta energia é vendida para o público
Crítério espacial	Território nacional
Crítério temporal	Mensalmente
CONSEQUENTE — RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA	
Sujeito ativo	União * Beneficiários — Estados (45%) e Municípios (45%) em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica, ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios (Lei 7.990/89, art. 2º), Distrito Federal (90%), Ministério das Minas e Energias (8%) e SCT (2%)

bre o valor do *faturamento líquido* resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do *processo de beneficiamento*⁷⁰ adotado e antes de sua transformação industrial (art. 6º da Lei 7.990/89 e art. 13 do Decreto 1/91).

O *critério temporal* da incidência verifica-se, pois, na saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

Atividade de exploração de recursos minerais significa a retirada de substâncias minerais da jazida, mina, salina ou outro depósito mineral para fins de aproveitamento econômico.

Para efeito do cálculo da compensação financeira, entende-se por *faturamento líquido* o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros.

Como estatui esse enunciado legal, a compensação é devida por quem venha a explorar os recursos minerais — detentores dos direitos minerais (*sujeição passiva*). Se essa atividade for executada diretamente pela titular desses recursos, a União, será ela a responsável pela transferência pecuniária aos demais entes estatais; em contrapartida, sendo exercida a exploração pelos concessionários, eles adquirem a propriedade da lavra conforme determinação constitucional; logo, serão obrigados a arcar com os gravames econômicos da compensação financeira.

A distribuição da compensação financeira de que trata este artigo, devida mensalmente, será feita da seguinte forma: I — 23% para os Estados e o Distrito Federal; II — 65% para os Municípios; III — 12% para o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM⁷¹), que destinará 2% à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ou de outro órgão federal competente, que o substituir.

CRITÉRIOS	ELEMENTOS
HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA — FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO (FATO GERADOR)	
Critério material	Exploração de recursos minerais para fins de aproveitamento econômico
Critério espacial	Território nacional
Critério temporal	Mensalmente

continua →

sio: 3% (três por cento); II — ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2% (dois por cento), ressalvado o disposto no inciso IV deste artigo; III — pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento); IV — ouro: 1% (um por cento), quando extraído por empresas mineradoras, isentos os garimpeiros" (Decreto 1/91, art. 13, § 1º).

70. Processo de beneficiamento significa aquela realizado por fragmentação, pulverização, classificação, concentração, separação magnética, flotação, homogeneização, aglomeração ou aglutinação, briquetagem, nodulação, sinterização, pelotização, ativação, coqueificação, calcinação, desaguamento. in-

tem como qualquer outro processo de beneficiamento, ainda que exija adição ou retirada de outras substâncias, desde que não resulte na descaracterização mineralógica das substâncias minerais processadas ou que não implique sua inclusão no campo de incidência do IPI.

71. O Departamento Nacional de Produção Mineral — DNPM foi criado através do Decreto 23.979, de 8.3.34. Em seguida, em 10.7.34, através do Decreto 24.642, foi promulgado o Código de Minas, com o qual se modificou substancialmente o regime jurídico das minas instituído pela Constituição de 1891, já que estabeleceu como postulado básico a distinção entre a propriedade das jazidas e

CONSEQUENTE — RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

Sujeito ativo	União • Beneficiários — 23% para os Estados e o Distrito Federal, 65% para os Municípios; 12% para o Ministério das Minas e Energias, que destinará 2% à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ou de outro órgão federal competente, que o substituirá.
Sujeito passivo	Detentores de direitos minerários a qualquer título
Prestação — base de cálculo	Valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial
Prestação — alíquota	O percentual da compensação, de acordo com as classes de substâncias minerais, será de: I — minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3%; II — ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2%, ressalvado o disposto no inciso IV deste artigo; III — pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2%; IV — ouro: 1%, quando extraído por empresas mineradoras, sem os garimpeiros.

6.2.1 *Água mineral, cimento, sal, fertilizantes e congêneres. Um exemplo de ilegalidade e inconstitucionalidade na exigência da compensação* — Quando há industrialização pelo próprio sujeito que

ção ou aproveitamento industrial. O Código de Minas guardava perfeita compatibilidade com os princípios da nova Carta, caracterizando as jazidas como bens imóveis, distintos e não integrantes das terras em que se encontravam, e atribua seu aproveitamento à autorização ou à concessão do Governo Federal. Em 1940, por intermédio do Decreto-lei 1.985, de 29 de janeiro, foi promulgado o novo Código de Minas, que, além de manter as principais diretrizes do Código de 1934, incorporou os princípios da Constituição de 1937, de tal forma que somente brasileiros, pessoas naturais ou jurídicas, constituídas estas últimas de sócios ou acionistas brasileiros, poderiam ter o direito de pesquisar ou lavar. O funcionamento de sociedades de mineração ficava dependente de autorização federal.

explora a lavra alguns problemas podem ser verificadas quanto à determinação da base de cálculo aplicável para efeito da exigibilidade da referida compensação financeira.

Uma distorção na fase de exigibilidade desta compensação pode ser vista quando a incidência ocorre sobre água mineral porquanto a União entenda que o "faturamento" a que se refere a lei envolve o acréscimo de valores que nada têm que ver com o produto ou mesmo com o seu beneficiamento para venda e consumo, como é o caso dos preços de rótulos, tampas e garrafas. E o mesmo se diga para as empresas que lidam com cimento, sal, fertilizantes etc., por exemplo, com a agregação do custo dos sacos de empacotamento.

A Lei 7.990/89, art. 6º, estabelece que o critério temporal da incidência verifica-

se na saída por venda do produto mineral de quaisquer estabelecimentos, *sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.*

O faturamento a que a lei se refere, portanto, não é o faturamento de bens para o consumidor, mas o faturamento para a industrialização.

Ocorre que vem sendo exigido para o cálculo do *faturamento líquido*, que envolve o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros, o acréscimo daqueles itens acima referidos, que são agregados ao produto na respectiva transformação industrial, para efeito de venda ao consumidor.

Esta atitude não tem a menor razão de ser, na medida em que essa artificiosa manipulação da base de cálculo da compensação financeira em comento não encontra amparo legal e tampouco os agentes administrativos detêm poder suficiente para desqualificar o que a lei originariamente determinou, sob o pálio da Constituição, para servir como percentual e montante adequado à compensação. São reclamos à segurança jurídica, pela exigência de certeza do direito e cumprimento à fiel repartição de competências, que impedem tais tentativas de interferências.

6.2.2 Aproveitamento da substância mineral pelo próprio minerador — Uma outra questão que atormenta os sujeitos obrigados à CFEM é saber se quando o próprio titular dos direitos minerários não comercializa o produto da exploração, mas o trata como insumo do seu processo produtivo, aproveitando a substância mineral para consumo, transformação ou para ser remetido a outro estabelecimento do mesmo titular, mesmo assim, esse montante faria parte da base de cálculo da CFEM — faturamento líquido resultante da venda do produto mineral.

O Decreto 1/91, no seu art. 15, parágrafo único, equipara à saída por venda o

consumo ou a utilização da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou, ainda, em qualquer estabelecimento. Não há nada de mais com esta equiparação, porquanto o Direito Positivo, no seu iminente processo de juridicização, vai criando suas próprias realidades.

O espírito da CFEM não é o de ser um "tributo sobre o consumo", como vimos de ver, mas uma compensação sobre a "exploração mineral". Se foram explorados 10, dos quais 8 foram vendidos e 2 gastos em consumo próprio, a incidência deve se dar sobre os 10, e não limitadamente aos 8, relativos ao faturamento líquido resultante da venda do produto mineral.

Contudo, concordamos em que esta equiparação não poderia ser feita em via de regulamentação, por decreto, a prescindir de lei, sendo, portanto, ilegal a cobrança equiparada,⁷² e inconstitucional, por conseguinte, pela incontestável agressão à legalidade (art. 5º, II, da CF).

6.3 *Compensação financeira em face da exploração do petróleo, xisto betuminoso e gás natural*

Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.

Nos termos do art. 177 da CF, constituem monopólio da União as seguintes atividades: I — a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II — a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III — a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV — o trans-

72. Para maiores considerações sobre este argumento: Alberto Xavier, *ob. cit.*, pp. 24 e 25; Adriano Daleffe, *ob. cit.*, pp. 12-15.

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

Estas atividades econômicas serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

A incidência da cobrança da compensação financeira em face da exploração do petróleo, xisto betuminoso e gás natural, devida pela Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRÁS) e suas subsidiárias (sujeitos passivos) aos Estados, Distrito Federal e Municípios, mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, acarretará pagamento, até o último dia útil do mês subsequente, em montante correspondente

a 10% da produção de petróleo ou gás natural (art. 47 da Lei 9.478/96).

Ou seja, o valor dos *royalties*, devidos a cada mês em relação a cada campo, será determinado multiplicando-se o equivalente a 10% do volume total da produção de petróleo e gás natural do campo durante esse mês pelos seus respectivos preços de referência.⁷³

Os destinatários dos recursos da compensação financeira são os seguintes: Estados, Municípios, o Distrito Federal, o Ministério da Marinha e a União. Esta última pessoa política percebe recursos da compensação financeira, devida em função da extração dos citados recursos da plataforma continental, para compor um fundo especial,⁷⁴ administrado pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República, a ser distribuído a todos os Estados e Municípios. Mas neste caso a União está cumprindo um papel de mera gestão do fundo de participação.

CRITÉRIOS	ELEMENTOS
HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA — FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO (FATO GERADOR)	
Crítério material	Exploração do petróleo, xisto betuminoso ou gás natural
Crítério espacial	Território nacional
Crítério temporal	Mensalmente
CONSEQUENTE — RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA	
Sujeito ativo	União * Beneficiários — 70% aos Estados produtores; 20% aos Municípios produtores; 10% aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural
Sujeito passivo	PETROBRÁS e suas subsidiárias e concessionárias
Prestação — base de cálculo	Valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural extraídos
Prestação — alíquota	5%

73. Preço de referência: preço por unidade de volume, expresso em moeda nacional, para o petróleo (preços livres dos tributos incidentes sobre a venda e, no caso de petróleo embarcado, livre a bordo), o gás natural ou o condensado produzido

em cada campo (cf. arts. 7º e 8º do Decreto 2.705, de 3.8.98).

74. V. Lei 2.004/53, art. 27, § 4º, com redação alterada pela Lei 7.990/89 e regulamentada pelo Decreto 1/91, art. 18, V.

6.3.1 *A inclusão das perdas de petróleo no volume total da produção* — Prevê a Lei 9.478/97, no seu art. 47, § 3º, que a queima de gás em flares, em prejuízo de sua comercialização, e a perda de produto ocorrida sob a responsabilidade do concessionário serão incluídas no volume total da produção a ser computada para cálculo dos *royalties* devidos.

Essa previsão encontra-se na cláusula 11.9 do "contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural", sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas e pecuniárias cabíveis e até mesmo a própria rescisão contratual, com a possibilidade de ainda responder o concessionário pelas perdas e danos decorrentes de seu inadimplemento e da rescisão, arcando com todas as indenizações e compensações estipuladas.

Se não há como argüir a inconstitucionalidade desta previsão, pelo menos sua legitimidade é questionável. Aparece no ordenamento mais como uma sanção, sobre algo de todo inevitável (perda ou queima), do que como uma conveniência adequada à própria exploração.

7. Participações especiais aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural

Paralelamente à compensação financeira (*royalties*) devida em face da exploração das materialidades acima aduzidas, a Lei 9.478/97 criou uma *participação especial* (art. 45, III), devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, quando o edital e o contrato estabelecerem, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, conforme os critérios definidos no Decreto 2.705/98, a ser paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção.

Esta participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, dedu-

zidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos devidos.⁷⁵

Para efeito de apuração da participação especial sobre a produção de petróleo e de gás natural serão aplicadas alíquotas progressivas sobre a receita líquida da produção trimestral de cada campo, consideradas as deduções previstas no § 1º do art. 6º da Lei 9.478/97, de acordo com a localização da lavra, o número de anos de produção e o respectivo volume de produção trimestral fiscalizado.

O valor da *participação especial* será apurado trimestralmente por cada concessionário e pago até o último dia útil do mês subsequente a cada trimestre do ano civil, cabendo ao concessionário comprovar o pagamento, até o quinto dia útil após a data de pagamento.

Os recursos da participação especial serão distribuídos na seguinte proporção: I — 45% ao Ministério de Minas e Energia; II — 10% ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; III — 40% para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção; IV — 10% para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção.

7.1 A contribuição financeira e a "participação especial" do petróleo. Inconstitucionalidade da cobrança cumulativa

Note-se, todavia, que esta parcela pecuniária devida tem a mesma natureza jurí-

75. Portaria 10, de 13.1.99, do Ministério de Minas e Energia/ANP — "Estabelece procedimentos para apuração, pelos concessionários das atividades de produção de petróleo, gás natural ou ambos, da participação especial prevista no art. 50 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que constitui a compensação financeira extraordinária devida trimestralmente com relação a cada campo, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade".

dica da compensação financeira supradescrita, o que nos leva a indagar: Estados, Municípios e órgãos da Administração direta da União podem ser compensados simultaneamente, por ambas, ou apenas segundo uma das duas formas previstas pela Constituição Federal (*participação nos resultados da exploração* "ou" *compensação financeira por essa exploração*)?

Veja-se como o enunciado constante do art. 21 do Decreto 2.705/98 está expresso: "A participação especial prevista no inciso III do art. 45 da Lei n. 9.478, de 1997, constitui *compensação financeira extraordinária* devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural; nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, conforme os critérios definidos neste Decreto, e será paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção".

Mister se faz, neste ponto, a análise da estrutura lógica do texto constitucional:

"Art. 20 (...).

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

Segundo Paulo de Barros Carvalho⁷⁶ o "ou" é um dos operadores lógicos, que pode ter duas funções: (i) *alternativa excludente*, na qual, verificando-se uma alternativa, a outra fica automaticamente excluí-

da; (ii) *alternativa includente*, podendo significar "tanto faz um ou outro", podendo as duas alternativas coexistir.

Se admitirmos a utilização do "ou" em sua função "alternativa excludente", sintaticamente, o verbo que se refere às possíveis alternativas deve estar conjugado no singular, uma vez que *apenas uma das alternativas subsistirá*. Por bulto (lado) tratando-se de "ou" na função "alternativa includente" as regras de semântica requerem o verbo conjugado no plural.

No texto constitucional sob análise temos: "É assegurada (...) e alguma coisa (e não "algumas coisas") "e" assegurada. Prosseguindo no texto: "(...) participação no resultado da exploração (...) "ou" compensação financeira por essa exploração". Note-se que há dois substantivos femininos, (i) participação e (ii) compensação, separados pela partícula "ou". E, como vimos anteriormente, temos um verbo conjugado no singular. Incorreto seria entender: "É assegurada (...) a participação no resultado da exploração "e" a compensação financeira por essa exploração", como bem observou Ana Cláudia Akie Utumi, com propriedade.

A composição semântica do dispositivo constitucional indica-nos que não são asseguradas conjuntamente a participação nos resultados e a compensação financeira, mas, sim, que é assegurada ou a participação nos resultados ou a compensação financeira, *sendo uma excludente da outra*.

Neste sentido também Alberto Xavier: "Como vimos, a Constituição Federal previu, assim, *dois mecanismos alternativos* destinados a criar uma contraprestação com fundamento na vantagem econômica decorrente da utilização de certos bens do domínio público pelos particulares, na modalidade de *uso especial*: ou uma participação direta nos resultados da exploração, ou uma compensação financeira".⁷⁷

Ademais, o Decreto 2.705/98, em seus arts. 21 e 22, dispõe que a participação es-

bilidade e dá outras providências" (república por ter saído com incorreções do original no DOU-1 14.1.99, DOU-1 27.1.99, p. 9).

76. Apointamentos do curso de *Lógica Jurídica* ministrado no pós-graduação da PUC/SP, 1998.

77. Ob. cit., n. 16

pecial constitui *compensação financeira extraordinária*; no entanto, a lei ordinária não estabelece esta natureza para a participação especial, razão pela qual dessume-se cuidar de uma participação na receita bruta de produção de petróleo ou gás natural. E a receita bruta de produção nada mais é do que o resultado da exploração. A participação especial, desse modo, é uma "participação nos resultados da exploração", cumulativa com a cobrança da CFEM.

Sobre este aspecto assim se pronunciou o Exmo. Sr. Juiz Olindo Menezes (relator):

"A Constituição Federal assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da Administração direta da União, nos termos da lei, uma participação no resultado da exploração dos recursos minerais no respectivo território, ou uma compensação financeira por essa exploração (art. 20, § 1º).

"Na linha dessa permissão alternativa do constituinte, a Lei n. 7.990, de 28.12.89, optou pela cobrança da compensação financeira, nada mais fazendo que cumprir o mandamento constitucional. Podendo optar pela participação no resultado da exploração, a lei preferiu a outra alternativa."⁷⁸

E, em outra oportunidade, também o Exmo. Sr. Juiz Osmar Tognolo (relator):⁷⁹

"(...) Criou, pois, a Constituição duas formas de indenizar os entes políticos pela exploração de recursos minerais: ou participação nos resultados da atividade ou compensação financeira, deixando à lei, ordinária, e não complementar, a disciplina da matéria.

"De sua parte, o legislador desprezou a participação no resultado da atividade, optando pela compensação financeira, conforme arts. 1º e 6º da Lei n. 7.990/89, *verbis*: (...)."

78. TRF-1º R., 3º T., AC 94.01.29850-5-DF, pres. Juiz Tourinho Neto, rel. Juiz Olindo Menezes, j. 1.4.96. *DJU-2* 9.5.96, p. 29.483.

79. TRF-1º R., 3º T., AC 94.01.29850-5-DF, pres. Juiz Tourinho Neto, rel. Juiz Osmar Tognolo, j. 29.4.96. *DJU-2*, sexta-feira, 17.5.96

Ademais, para efeito dos contratos já firmados, o acréscimo de encargo patrimonial que este suposto "adicional" provoca, mesmo se instituído por lei, macula a equação econômico-financeira do contrato de concessão, o que é vedado constitucionalmente.

Portanto, havendo cobrança de participação nos resultados não pode haver, de acordo com o texto constitucional, a cobrança da compensação financeira. Por outro lado, havendo a cobrança da compensação financeira excluída está a possibilidade de haver participação nos resultados das explorações. E muito menos adicionais, a título de suposta "compensação extraordinária", o que faz ver um *bis in idem* totalmente incompatível com o espírito constitucional. Pelo contrário, a Constituição assegura uma forma de ressarcimento pela exploração da propriedade da União por terceiros, e não admite mais do que uma.

8. Participação nos resultados da lavra

Estabelece a CF, no art. 176, § 2º: "É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei". Esta previsão foi regulamentada pela Lei 8.901, de 30.6.94, que alterou vários dos dispositivos do Decreto-lei 227, de 28.2.67 — Código de Mineração, adaptando-o às normas constitucionais vigentes.

O regime jurídico instituído por esses diplomas normativos definiu o direito à participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, à base de 50% do valor total devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da Administração direta da União, a título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais, conforme previsto no *caput* do art. 6º da Lei 7.990, de 29.12.89, e no art. 2º da Lei 8.001, de 13.3.90.

O pagamento da participação do proprietário do solo nos resultados da lavra de recursos minerais será efetuado mensalmente até o último dia útil do mês subsequente

ao do fato gerador, devidamente corrigido pela taxa de juros de referência, ou outro parâmetro que venha a substituí-la.

Com este respectivo aperfeiçoamento o equilíbrio nas relações formadas em função da exploração de recursos minerais, nos termos da "concorrência de direitos reais", de que fala Alberto Xavier,⁸⁰ na medida em que, além da União e dos concessionários, estão presentes na situação jurídica os superficiários, titulares da propriedade do solo (art. 526 do CC), quando a lavra encontra-se situada em imóvel destes.

9. Vinculação da aplicação da receita para Estados e Municípios. Resquícios de regime ditatorial. Ferimento ao princípio federativo e à autonomia municipal

Inusitadamente, encontram-se nas leis que tratam das transferências do produto da receita originária em comento disposições expressas cujo conteúdo consiste na pretensão de vincular a aplicação da receita arrecadada com certas despesas específicas (conservação de rodovias, asfaltamento de vias, iluminação pública etc.).

Estas previsões não são mais do que resquícios das idéias centralizadoras que predominavam à época da Lei Constitucional 4/40 e da Lei 2.004/53, quando a União determinava o que as demais pessoas políticas deveriam ou não cumprir, em particular, estipulando que os recursos desta compensação seriam empregados na construção e conservação de rodovias.

Cabe-nos indagar sobre a legitimidade destes enunciados normativos em vista do atual Estado Democrático e Social de Direito vigente.

Não deve haver dúvidas sobre a respectiva inconstitucionalidade destes dispositivos, pois somente poderia haver afetação expressa do produto da arrecadação das compensações financeiras a despesas espe-

cíficas se assim fosse previsto pela própria Constituição Federal, o que não ocorre.

Veja-se, por exemplo, o conteúdo do art. 24 do Decreto 1/91: "Os Estados e os Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste Capítulo (*compensação pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural*) exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico".

Tal limitação, no nosso entendimento, não tem o menor valor jurídico, ainda mais por ter sido perpetrada por meio de "decreto", ato puramente administrativo com função regulamentadora, que deve se adstringir ao quanto a lei estabelece, coartado que está para criar obrigações novas, e muito menos para outras pessoas políticas. Mas mesmo que fosse por intermédio de lei, ainda assim estaria ferindo o pacto federativo, estabelecido principalmente nos arts. 1º e 18 da CF, onde se vê declarado que a organização política e administrativa da República é formada pelas quatro pessoas políticas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição. Da *Constituição Federal*, ressalta a própria Magna Carta, não de lei, de uma ou outra das pessoas que formam a organização federativa nacional, muito menos decreto!

E o mesmo vale para vedações, como é o caso do Decreto 1/91, que no seu art. 26, parágrafo único (regulamentação do art. 8º da Lei 7.990/89), estabelece que "é vedada, aos beneficiários das compensações financeiras devidas pela utilização de recursos minerais, a aplicação das mesmas em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal".

Pode, sim, a União dizer o que suas pessoas autárquicas e demais órgãos da Administração direta interessados farão com os respectivos recursos a eles destinados, como o fez no art. 18, IV, do Decreto 1/91, ao cuidar da aplicação da receita: "1,0% (um por cento) ao Ministério da

80. Ob. cit., pp. 10 e 11.

Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas". Ou, como assim procedeu na Lei 8.001/90, art. 2º, III: "12% (doze por cento) para o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que destinará 2% (dois por cento) à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ou de outro órgão federal competente, que o substituir". Nestes casos, sim, e que o faça por meio de lei ou de decreto, isso não importa; o que não pode é a União querer impor tais obrigações para Estados, Distrito Federal ou Municípios, também.

Eis aí mais uma vitanda inconstitucionalidade, com a qual o ordenamento jurídico nacional não pode conviver.

10. Considerações finais

Como visto, os contratos de concessão e as operações com a exploração de recursos minerais, utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e exploração de petróleo, xisto be-

tuminoso e gás natural dão ensejo à exigibilidade da compensação financeira ou participação nos resultados (art. 20, § 1º, da CF), cuja receita é entregue diretamente aos destinatários da receita transferida, isto é, aos Estados, Distrito Federal, Municípios, salvo a proporção devida aos órgãos da Administração direta Federal, que é paga à União.

Decerto que suas vicissitudes são em muito reduzidas por não se lhes aplicar o regime tributário, porquanto não tenham natureza jurídica de tributo. Todavia, as implicações que a respectiva exigibilidade, toda ela definida pela União, pode acarretar para a relação contratual, bem como para os titulares da renda, exigem desta pessoa política respeito aos direitos de ambos: aos *concessionários*, sujeitos passivos da relação jurídica obrigacional, e aos *beneficiários* das transferências, mantendo para aqueles uma segurança jurídica plena e certeza do direito aplicável, além da manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão; e para os destinatários das receitas a garantia de irredutibilidade das rendas, em obediência ao princípio federativo.