

Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito



A NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

CAIO CÉSAR TORRES CAVALCANTI

COIMBRA
2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

Caio César Torres Cavalcanti

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas.

Menção: Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Suzana Tavares da Silva.

Coimbra
Novembro de 2013

Aos meus pais e à minha irmã, sempre.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, manifesto a minha admiração e gratidão à Exma. Senhora Professora Doutora Suzana Tavares da Silva, pela forma atenciosa e competente com a qual me orientou na elaboração do presente estudo, assim como pelos ensinamentos repassados ao longo das aulas de Direito Fiscal I e de Direito da Energia, no ano letivo 2011/2012.

Igualmente, gostaria de agradecer à Exma. Senhora Professora Doutora Maria Alexandra de Sousa Aragão, pelas lições de Direito do Ambiente e pela maneira solícita e gentil com a qual me acolheu no plano acadêmico português.

Os demais agradecimentos são dedicados àqueles que de alguma forma colaboraram, direta ou indiretamente, para a concretização deste objetivo. Fica registrada aqui a minha atenção e consideração:

Aos amigos de longa data, que mesmo de longe torceram pelo meu sucesso, especialmente, Ricardo, Luiz, Eduardo, Samuel, Olympio, Lia, Caio, Mayara, Raissa, Carla, Priscilla e Betinho.

Aos queridos amigos de mestrado, que tornaram ainda mais especial esta jornada, principalmente, Píxilla, Gaga, Bárbara Deli, Mimo, Malu, Marina, Kerol, Carol, Paty, Mahmih, Rhomis, Helôka, Ju, Camis, Raissa e Natália.

À Marianna, à Aliete, à Bruna, à Marie e ao Filipinho Augusto Chaves, por terem sido a minha família coimbrese, por terem me dado apoio quando mais precisei e me encorajado a perseguir as minhas metas acadêmicas.

Às minhas tias, Naide, Gilca e Fatima Jansen, por todas as preces, orações, palavras de estímulo e muito mais.

À minha irmã, Érika Cavalcanti, pelo afeto, pelo companheirismo e por sempre ter me incentivado a alcançar este sonho.

Ao meu bom Deus e a Nossa Senhora de Fátima, por todas as bênçãos derramadas em minha vida e por terem me dado condições de lutar nos momentos mais difíceis.

Por fim, o agradecimento mais importante, dirigido aos meus pais, Alexandre e Kátia Cavalcanti, que fizeram o possível e o impossível para me verem com o título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Muito obrigado pelo amor, pela confiança e por nunca terem medido esforços para me dar a melhor educação pessoal, familiar e profissional. Tenho

certeza que após esta provação teremos força para juntos enfrentarmos qualquer obstáculo.

RESUMO

A natureza jurídica dos *royalties* petrolíferos, após a descoberta da camada pré-sal no Brasil, regressou ao centro do debate doutrinário conjuntamente com as regras de distribuição dessas receitas entre as entidades estaduais e municipais produtoras e não produtoras de petróleo do país. O presente trabalho explanará, sob a ótica do ordenamento brasileiro e a partir de uma perspectiva integrada, as correntes doutrinárias de maior prestígio acerca do referido instituto – tanto brasileiras quanto estrangeiras –, em contraponto com entendimentos contrários e posicionamentos jurisprudenciais sobre cada uma delas, com o propósito de identificar qual vertente prevalece no caso em comento. A exposição terá como cenário as multifaces do Estado (petrolífero) de Direito, passando, em um primeiro momento, pelas faces fiscal e taxadora, até chegar, em um segundo momento, às faces ambiental, proprietária e empresarial. Diante disso, procura-se saber, fundamentalmente, como os países de matriz romanista se remuneram mediante a exploração dos respectivos recursos naturais de ordem econômica, mais precisamente se as rendas governamentais em tela consubstanciarão impostos, taxas, indenizações – de caráter ambiental, social e econômico –, prestações patrimoniais ou preços públicos.

Palavras-chave: petróleo; *royalties*; natureza jurídica; imposto; taxa; indenização; receita patrimonial; preço público.

ABSTRACT

The legal nature of the petroleum royalties, after the discovery of the pre-salt layer in Brazil – in conjunction with the rules for revenues' distribution between producers and non-producers Member States and Municipalities – returned to the center of the doctrinal debate. This work will try to demonstrate, from the Brazilian's legal system perspective as well as from an integrated point of view, the doctrinal trends - both Brazilian and foreign – about the royalties institute, discussing the various counterpoints and opposed understandings in the different jurisprudential statements regarding each of them, in order to identify which doctrinal trend should prevail in the matter under discussion. The exposed arguments will consider the different faces of the (Petroleum) State's of Law, starting by its revenue and tax's facets, then passing to its corporative, environmental and business' facets. Thus, it will be discussed, basically, how the civil law based countries may be remunerated through the exploitation of their natural economics' resources, and, more precisely, if the government budgets under consideration are taxes, fees, indemnities – of environmental, social and economic nature –, patrimonial benefits or public prices.

Keywords: petroleum; royalties; legal nature; tax; fee; indemnity; patrimonial benefit; public price.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

PARTE I – OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO: CONCEITO, REGIME LEGAL E INSERÇÃO NO CONTEXTO DAS RECEITAS PÚBLICAS

1. Conceito de <i>royalties</i>	6
2. <i>Royalties</i> no Direito brasileiro	6
3. <i>Royalties</i> no contexto das receitas públicas	8

PARTE II – CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

CAPÍTULO I: NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

1. Natureza Jurídica de Imposto	13
1.1. (In)constitucionalidade dos <i>royalties</i> a partir da natureza jurídica de imposto	21
1.2. Entendimentos doutrinários contrários	24
1.3. Posicionamento jurisprudencial	27
2. Natureza Jurídica de Taxa	30
2.1. Entendimentos doutrinários contrários	34
2.2. Posicionamento jurisprudencial	37

CAPÍTULO II: NATUREZA JURÍDICA NÃO TRIBUTÁRIA

1. Natureza Jurídica Indenizatória (Ambiental)	41
1.1. Intercessão da teoria indenizatória nas demais correntes	46
1.2. Entendimentos doutrinários contrários	50

1.3. Posicionamento jurisprudencial	51
2. Natureza Jurídica Patrimonial	56
2.1. Receitas Originárias <i>versus</i> Receitas Transferidas	60
2.2. Entendimentos doutrinários contrários	64
2.3. Posicionamento jurisprudencial	65
3. Natureza Jurídica de Preço Público	72
3.1. Entendimentos doutrinários contrários	78
3.2. Posicionamento jurisprudencial	79

PARTE III – ANÁLISE CRÍTICA DA NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO

CAPÍTULO I: NÃO CONFIGURAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

1. <i>Royalties</i> não são impostos	85
2. <i>Royalties</i> não são taxas	89

CAPÍTULO II: CONFIGURAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA NÃO TRIBUTÁRIA

1. <i>Royalties</i> não são indenizações	93
2. <i>Royalties</i> não são preços públicos	101
3. <i>Royalties</i> são receitas originárias patrimoniais	103

CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	114

INTRODUÇÃO

Perquirir a natureza jurídica de determinado instituto consiste, sobretudo, em indagar a respeito de sua classificação no âmbito das figuras existentes no Direito, definindo-o como sendo a subespécie de uma espécie, a espécie de um gênero ou o próprio gênero de uma categoria. Busca-se, precisamente, identificar a essência ou a índole de um ser jurídico, com o propósito de delimitar o seu campo de incidência e o regime legal em que o mesmo se insere. É exatamente esse o desafio proposto aqui, cuja relevância ganha ainda mais destaque se considerarmos que, desde o início das atividades petrolíferas, ao menos em países de matriz romanista, existem instrumentos governamentais de apropriação sobre parte da renda gerada pela produção de hidrocarbonetos, contudo, ainda assim, não há um consenso definitivo sobre as suas raízes instituidoras em ordenamentos normativos nacionais.

De fato, a natureza jurídica dos *royalties* do petróleo suscita diversas controvérsias e variações em todas as fontes do Direito. Embora o tema pertença, essencialmente, ao Direito Público, mais precisamente ao Direito Financeiro, além de ser tratado sob uma ótica interdisciplinar relacionada à área das Finanças Públicas, há suposições doutrinárias sobre sua articulação com outros ramos e saberes jurídicos, inclusive, de Direito Privado.¹ Com efeito, em um primeiro momento, o deslinde da questão depende, fundamentalmente, de avaliar se estamos perante *receitas originárias* ou *receitas derivadas*, pois, conforme veremos na Parte I, não restam dúvidas de que estamos lidando com *ingressos* de quantias nos cofres *públicos em caráter definitivo, objetos, portanto, de regulação normativa*. Em um segundo momento, verifica-se que a questão não é tão simples assim de ser resolvida, exigindo um esforço maior do jurista, face à necessidade de um enquadramento mais específico em razão de indefinições acerca de inúmeros aspectos a si concernentes. À medida que as mencionadas receitas possuem nascedouro na extração, por terceiros, de recursos fósseis de titularidade pública, mediante consentimento do Estado Nacional, muitos sustentam a ramificação da problemática em outras disciplinas da ciência jurídica, a exemplo do Direito

¹ O que pode ser um reflexo da própria disciplina jurídica do objeto das figuras remuneratórias em comento. Efetivamente, o Direito do Petróleo possui um recorte sofisticado, englobando tanto componentes de Direito Público quanto de Direito Privado, além de questões de Direito Internacional. Cfr. FERREIRA, Lier Pires. “O Diálogo entre o Direito do Petróleo e o Direito do Desenvolvimento”. In: *Revista da Escola de Guerra Naval*, Rio de Janeiro, nº 16, 2010, p. 63.

Tributário, do Direito Administrativo e do Direito Ambiental, o que dificulta o diagnóstico sobre a sua verdadeira índole.

Nomeadamente no Brasil, a definição da natureza jurídica dos *royalties* petrolíferos, bem como a de todas as demais prestações pecuniárias geradas pela exploração de recursos naturais de ordem econômica, tem sido alvo de grandes e polêmicas discussões doutrinárias², haja vista a existência de, principalmente, quatro correntes autônomas. A primeira defende que as rendas em apreço decorrem do poder impositivo estatal, apresentando-se sob a forma de impostos. A segunda, por sua vez, baseia-se em uma teoria indenizatória, tanto por perda dominial quanto por perdas resultantes de impactos ambientais, sociais e econômicos. Já a terceira qualifica as referidas participações governamentais como receitas originárias patrimoniais, por estarem associadas à retirada de bens do patrimônio público. Finalmente, a quarta sustenta que eles corresponderiam ao preço público pago pelo explorador em função da produção de uma matéria prima de titularidade estatal. No plano internacional, para além das acima citadas, há uma quinta corrente, que entende manifestar-se no caso um tributo da espécie taxa.

Curiosamente, alguns doutrinadores vêm defendendo que o instituto em causa, face à existência de supostos contornos híbridos, seria o resultado da combinação de duas ou até três naturezas, dentre as descritas no parágrafo anterior. Há também outras teses, como as que lhe conferem natureza contratual³, porém, *concessa venia*, sem grandes fundamentos e aliados em comparação às demais, por isso elas não estarão presentes na explanação da Parte II. Cabe de plano, então, afirmar que, no geral, apesar de comportar algumas exceções⁴, não se pode considerar os *royalties* presentes em regimes de *civil law* como *meras disposições contratuais*⁵, uma vez que, embora sejam

² Essas discussões foram retomadas no cenário brasileiro em 2007, após a descoberta de jazidas na camada pré-sal, com elevado potencial petrolífero e, conseqüentemente, gerador de rendas governamentais, dando início a uma profunda reflexão – e “guerra” financeira entre entidades federativas produtoras e não produtoras – no país acerca dos critérios vigentes de distribuição interna de *royalties* e participação especial.

³ Cfr. MANOEL, Cácio Oliveira. “Natureza jurídica dos royalties do petróleo”. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7056.pdf>. Acesso em: 10/05/2013.

⁴ Há regimes em que os *royalties* possuem essencialmente estrutura contratual, a exemplo dos sistemas do Chipre e da República Democrática do Congo.

⁵ Cfr. palavras da professora Marilda Rosado, que ainda afasta dos *royalties* a natureza contratual tendo por fundamento o seguinte: “apesar de presentes no contrato, não há liberdade quanto a estas cláusulas, que são na verdade resultado de imposições legais”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380. No mesmo sentido, posiciona-se Aurélio Pitanga Seixas Filho, senão vejamos: “Não poderia ser obrigacional ou contratual, em hipótese alguma, o regime jurídico das participações na exploração dos recursos minerais, tendo em vista que a administração pública somente pode funcionar com autorização legislativa, não podendo alienar bens

previstos por contratos petrolíferos, não são frutos de um acordo de vontades, mas sim de atos normativos preestabelecidos.⁶

As divergências não se restringem ao campo doutrinário, pois os tribunais brasileiros manifestaram-se sobre o tema em inúmeras circunstâncias, proferindo decisões com entendimentos diversos, o que gerou uma celeuma de jurisprudências antagônicas e contraditórias, assim como muitas dúvidas acerca da verdadeira origem dessa figura. Ademais, faz-se mister ressaltar, desde logo, que a adesão a qualquer uma das mencionadas teses – tributária, indenizatória, patrimonial etc. – acarreta a submissão a sistemas jurídicos próprios e, conseqüentemente, o desencadeamento de efeitos legais e específicos para todos os agentes (empresas concessionárias, entidades políticas beneficiárias, órgão regulador, entre outros) envolvidos nos processos de pagamento, arrecadação, distribuição, aplicação e fiscalização desses valores.

Desse modo, não há dúvidas acerca da relevância de se descobrir a real natureza jurídica dos *royalties*, visando à determinação das regras, normas e princípios aplicáveis aos mesmos. Para tanto, há de se ter em mente os seus elementos constitutivos, os quais, em muitos países, possuem registro em Diplomas Magnos, o que implica uma interpretação sistemática de dispositivos constitucionais relacionados, direta ou indiretamente, à matéria. Aliás, da cláusula constitucional consignada no primeiro parágrafo do artigo 20⁷, exsurge-se todo o atual debate político, legal e doutrinário sobre a classificação de tais receitas no ordenamento brasileiro. Paralelamente, os conceitos e atos normativos primários que serão expostos na Parte I também constituem referências indispensáveis ao exame da essência atinente à figura protagonista deste estudo.

públicos sem expressa permissão legal, não possuindo, portanto, livre disponibilidade para agir ou dispor sobre interesses e bens públicos ou governamentais, características estas (liberdade de agir e de dispor) próprias de um regime jurídico obrigacional ou contratual”. FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1998, v. 2, p. 32.

⁶ Diferentemente, em sistemas fundiários, presentes nos regimes de *common law*, quando a propriedade do petróleo explorado for privada, parece-nos que a questão dos *royalties* deva ser resolvida entre as partes, por meio de contrato e sem interferência do Estado, que, neste caso, remunera-se tributando o rendimento decorrente dessa exploração para a empresa petrolífera e para o proprietário do terreno. Neste sentido, veja-se, por exemplo, os *Freehold royalties* do ordenamento canadense.

⁷ § 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* (grifos nossos).

Em virtude do demonstrado, calcaremos a nossa exposição tendo como pano de fundo as várias faces – tradicionais e contemporâneas – do Estado (petrolífero) de Direito, desde o *Estado Fiscal e Taxador*, passando pelo *Estado Ambiental ou Ecológico* até o *Estado Patrimonial* (ora *Proprietário*, ora *Empresarial*). Afinal, procura-se descobrir qual (ou quais) dessas faces, sob o ponto de vista jurídico da atividade financeira estatal, impera ou possui reflexo direto no caso em comento. Propõe-se, desse modo, uma imersão no tema a partir da divisão das correntes doutrinárias em dois grandes grupos: o primeiro composto pelas vertentes de caráter tributário e o segundo pelas de caráter não tributário (respectivamente, Capítulo I e Capítulo II, ambos da Parte II). Analisaremos os pressupostos e argumentos de cada uma delas, bem como o posicionamento jurisprudencial sobre as mesmas, sempre com o escopo de encontrar a que realmente prevalece no direito positivo brasileiro e no estrangeiro. Além disso, durante o desenvolvimento da análise, apresentaremos contributos internacionais para a elucidação da temática e, sempre que pertinente, faremos questionamentos sobre pontos essenciais ou controvertidos, para instigar o leitor a refletir conosco. Por fim, só nos posicionaremos e formularemos as respostas que acreditamos serem as corretas, ou mais coerentes, no decorrer da Parte III, quando estaremos aptos a equacionar as problemáticas suscitadas e a definir conclusiva e maduramente o tema central: a natureza jurídica dos *royalties* do petróleo.

PARTE I

OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO: CONCEITO, REGIME LEGAL E INSERÇÃO NO CONTEXTO DAS RECEITAS PÚBLICAS

1. O conceito de *royalties*

Os *royalties*⁸ constituem a forma mais tradicional de arrecadação de recursos financeiros que existe no mundo. A sua etimologia tem origem na língua inglesa, decorrendo da palavra “royal”, que naquele idioma significa “da realeza” ou “relativo ao rei”. Daí o termo ter sido inicialmente empregado para designar o valor devido ao rei por quem explorasse e extraísse bens naturais de suas terras.⁹ Na concepção moderna, o conceito foi alargado, já que também pode estar relacionado aos direitos autorais, à propriedade intelectual e à patente industrial.¹⁰ Atualmente, no setor de petróleo e gás dos Estados de matriz romanista, os *royalties* correspondem ao valor devido pelas empresas atuantes neste setor em virtude da produção de substâncias petrolíferas a partir das jazidas de titularidade pública.

2. *Royalties* no Direito brasileiro

No Brasil, a propriedade dos bens públicos¹¹ foi determinada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 20, no qual destacam-se os seguintes incisos e parágrafo:

Art. 20 - São bens da União:
(...)

⁸ De acordo com Steven H. Gifis, a palavra *royalty* pode assim ser compreendida: “*a share of the product or of the proceeds therefrom reserved by an owner for permitting another to exploit and use his or her property; the rental that is paid to the original owner of property based on a percentage of profit or production (...)* The term is employed with respect to mining leases (...).” GIFIS, Steven H.. *Law dictionary*, 5. ed.. Barron’s, 2003, p. 454.

⁹ Neste sentido vide BARBOSA, Décio Hamilton (Coord.). *Guia dos royalties do petróleo e do gás natural*. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 12.

¹⁰ De acordo com o art. 12.º, n.º 2, da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o termo *royalties* significa *as retribuições de qualquer natureza atribuídas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secreto, ou por informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico.*

¹¹ Em conformidade com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, domínio público: “É o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado – bens particulares de interesse público – ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade – res nullius. Neste sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 433.

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

(...)

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

(...)

§ 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. (grifos nossos).

De acordo com os referidos dispositivos¹², os recursos naturais que o país tem são considerados bens da União¹³, sem prejuízos, entretanto, de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios participarem da receita obtida através da exploração dos que possuem valor econômico, dentre os quais se destaca o petróleo.¹⁴ Como forma de garantir tal benefício, o Constituinte brasileiro indicou a instituição da *participação no resultado da exploração* daqueles recursos ou da *compensação financeira por essa exploração*.

Mediante essas duas soluções constitucionais possíveis, a doutrina majoritária sustenta que a União optou pela segunda, ao instituir a *compensação financeira pela exploração de recursos minerais* (CFEM), através da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Posteriormente, a Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990 estabeleceu os seus percentuais de distribuição, assim como o Decreto nº 01, de 11 de janeiro de 1991 definiu os critérios de seu pagamento.

¹² Ives Gandra Martins, ao comentar tal artigo assim expressou-se: “O artigo tem nítido objetivo desconcentrador. Pretende fortalecer a Federação na medida em que a exploração de um bem que o constituinte outorgou à União, embora situado em Estados e Municípios, inclusive Distrito Federal, representa perda de patrimônio destes a favor da entidade maior do Estado Federativo. Por essa razão, de forma mais explícita, o constituinte houve por bem centralizar a propriedade do bem e descentralizar o resultado de sua exploração”. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 3, t. 1. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 96 ss.

¹³ O sistema brasileiro aderiu, portanto, ao *sistema dominial ou regaliano*, segundo qual é uma manifestação de soberania do Estado dar em concessão a exploração dos recursos minerais visando à utilização da riqueza em benefício da coletividade. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*, cit., pp. 36 e 37.

¹⁴ Uma solução jurídica diferente, portanto, daquela que podemos encontrar em textos constitucionais de federações que reconhecem a titularidade dos recursos naturais (designadamente do petróleo) aos Estados ou Províncias onde os mesmos estão localizados, como acontece na Constituição Canadiana, onde se pode ler no § 109 da *Constitution Act 1867*, o seguinte: “*All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same*”.

Por seu turno, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), também sob o influxo do § 1º do artigo 20 da Carta Magna, criou as participações governamentais, inserindo nesse quadro o bônus de assinatura, os *royalties*, a participação especial e o pagamento pela ocupação ou retenção de área.

3. *Royalties* no contexto das receitas públicas

Antes de adentrarmos a análise propriamente dita das correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo, faz-se necessária uma breve explanação de lições de Ciência das Finanças e de Direito Financeiro, as quais nortearão parte do presente estudo, o que contribuirá para uma melhor absorção do tema e para o entendimento de todas as teses que serão discutidas adiante.

De acordo com a Teoria Geral dos Ingressos, propugnada por Aliomar Baleeiro¹⁵, em sua obra denominada “Uma introdução à ciência das finanças”, os ingressos públicos, que correspondem a toda entrada de dinheiro aos cofres públicos, dividem-se em (i) movimentos de fundos e (ii) receitas públicas.

Os movimentos de fundos caracterizam-se como ingressos restituíveis, ou seja, que não geram um efetivo aumento de valor ao patrimônio governamental. Dentre as suas espécies, podemos elencar os empréstimos contratados pelo Poder Público, as cauções, as fianças e os depósitos recolhidos ao Tesouro Nacional.

Já a receita pública¹⁶ corresponde à “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”¹⁷. Assim, o ingresso aqui não gera restituição, como ocorre com uma movimentação de fundo, sendo, de fato, um capital arrecadado pelo Estado que vem a majorar o seu Tesouro, permitindo-o, por exemplo, custear as despesas públicas e os programas de governo com recursos próprios.

¹⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 130 e ss.

¹⁶ Adalberto Deodato define receita pública como sendo “o capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela renda dos seus bens ou pela sua atividade, de que o Estado dispõe para fazer face às despesas públicas”. DEODATO, Alberto. In: *Manual de ciência das finanças*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 29; Para Kiyoshi Harada, “receita pública é o ingresso de dinheiro aos cofres do Estado para atendimento de suas finalidades”. HARADA, Kiyoshi. In: *Direito Financeiro e Tributário*, 19. ed.. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31;

¹⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, cit., p. 130.

Ricardo Lobo Torres, em seu “Curso de Direito Financeiro e Tributário”, assim como Kiyoshi Harada na obra intitulada “Direito Financeiro e Tributário”, apontam dois critérios, para classificar uma receita pública.

O primeiro é o critério de regularidade ou relativa periodicidade, segundo o qual as receitas públicas podem ser ordinárias ou extraordinárias.

As ordinárias são as de fluxo regular, obtidas através da normal atividade financeira do Poder Público, compondo permanentemente o seu orçamento, o que o possibilita financiar políticas públicas e arcar com os programas de governo; as extraordinárias são as que se manifestam excepcional e temporariamente, em razão de determinado acontecimento, como os empréstimos compulsórios e os impostos extraordinários, conforme, respectivamente, os artigos 148 e 154, inciso II, da Constituição Federal.¹⁸

O segundo e mais utilizado é o critério da origem, podendo a receita ser de natureza *originária* ou *derivada*.

A *receita originária* é aquela proveniente de relações contratuais para exploração de bens de propriedade pública, tais como terras, recursos hídricos e minerais, prédios industriais e comerciais, entre outros. Pode ser igualmente conceituada como a vantagem auferida pelo Estado em decorrência de sua atuação direta ou indireta na atividade econômica, mediante regime de Direito Privado, este, porém, parcialmente derogado pelas normas de Direito Público. Tal receita, quanto à fonte, subdivide-se em dois grupos: o das *receitas patrimoniais*¹⁹ e o das *receitas industriais*. As primeiras, como o próprio nome as define, são aquelas que advêm essencialmente da exploração do patrimônio público, compreendendo tanto bens móveis quanto imóveis. As segundas são concebidas, quando o Estado desempenha alguma atividade empresarial/comercial, sendo, por isso, também denominadas de receitas do patrimônio empresarial.

¹⁸ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição; Art. 154. A União poderá instituir: (...) II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

¹⁹ Segundo SOUSA FRANCO, “As receitas patrimoniais, resultantes do patrimônio estadual, podem derivar de uma gestão normal (por exemplo, venda de frutos, arrendamento, etc.), ou de uma redução do patrimônio (por exemplo, o resultado da venda de um prédio)”. FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4ª ed. 14ª reimp. v. I. Coimbra: Almedina, 2012, p. 300.

A receita derivada, como o título já sugere, é a que deriva da força coercitiva do Estado,²⁰ isto é, decorre do poder de império estatal, e não de uma transação contratual.²¹ O tributo é a sua principal espécie, assim como a mais importante fonte do governo para obtenção de recursos financeiros. As demais espécies podem se apresentar como indenizações, multas, confisco e reparações de guerra.

Ora, diante das definições expostas à luz da doutrina financista, os *royalties* decorrentes da produção petrolífera se enquadram efetivamente no conceito de receita pública, pois consubstanciam ingressos de recursos financeiros de carácter permanente, os quais enriquecem o tesouro do Estado, colaborando com seus beneficiários na amortização das despesas públicas. Em qual das categorias de receita pública, todavia, eles devem ser classificados? Será que possuem características de receita derivada, ou seus traços os definem como uma receita originária?

Na próxima parte, passaremos a buscar respostas para os supramencionados questionamentos, a partir da investigação da razão de ser do mencionado instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁰ “São receitas que o Estado obtém mediante o recurso ao seu poder de autoridade, impondo aos particulares um sacrifício patrimonial que não tem por finalidade puni-los nem resulta de qualquer contraponto com eles estabelecido, mas tem como fundamento assegurar a participação dos cidadãos na cobertura dos encargos públicos ou prosseguir outros fins públicos”. FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, cit., p. 301.

²¹ Como ressalta, entretanto, TEIXEIRA RIBEIRO, “nem sempre se torna fácil apurar a voluntariedade ou coactividade das receitas através da fonte das obrigações de que provém. Mais simples é conhecer o processo por que se fixa o seu montante. Ora, se o montante da receita é negocialmente estabelecido, trata-se, sem dúvida, duma receita voluntária; mas se o é autoritariamente, já se trata duma receita coactiva”. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de Finanças Públicas*. 5ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 31.

PARTE II

**CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES*
DO PETRÓLEO**

CAPÍTULO I

NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

Na fase *upstream*²², o Estado, na qualidade de titular dos recursos naturais da Nação, pode fazer uso de um conjunto de instrumentos que lhe permite dividir os elevados valores gerados a partir das atividades de exploração e produção de petróleo com as empresas multinacionais que as desempenham em seu território, tanto *onshore* quanto *offshore*. Tal conjunto é conhecido, internacionalmente, como *government sharing* ou *government take*²³, cuja estrutura abarca, concomitantemente, elementos contratuais, financeiros e tributários, os quais podem possuir, muitas vezes, não só o propósito de maximizar as finanças públicas, mas também servir como importantes ferramentas de intervenção e regulação econômica, energética e ambiental. Exatamente nesse contexto genérico, os *royalties* emergem, inclusive, com um dos papéis de maior destaque, já que é capaz de capturar uma parcela muito expressiva da renda proporcionada pela efetiva extração de hidrocarbonetos.²⁴

Em termos globais, pode-se dizer que esse *pacote financeiro* governamental consubstancia um regime de tributação *lato sensu* das operações petrolíferas, porquanto compreende todos os encargos exigidos dos agentes exploradores de bens geológicos de titularidade pública. A problemática que se coloca, entretanto, é saber se os *tributos especiais* dessa imposição fiscal em sentido amplo – isto é, aqueles moldados à medida para satisfazer os interesses públicos, mas sem inibir os investimentos privados e estrangeiros que o setor extrativo demanda –, possuem, verdadeiramente, natureza

²² A indústria petrolífera se divide, essencialmente, em duas fases: *upstream* e *downstream*. A primeira está ligada às atividades de exploração e produção de petróleo, enquanto a segunda se relaciona com as etapas de refinamento e transformação desse recurso mineral em uma verdadeira *commodity*. Conforme acrescenta Suzana Tavares da Silva, a fase *upstream* é “sobretudo relevante nos Estados que dispõem daquele recurso geológico”, ao passo que a fase *downstream* é “mais importante nos países que ‘(sobre)vivem’ da respectiva importação”. SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 21.

²³ JOHNSTON, Daniel. *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. Tulsa: 1994, p. 9.

²⁴ Além dos *royalties*, os mecanismos governamentais mais utilizados, globalmente, na referida *partilha dos resultados* – ou seja, que compõem o *government take* – são os seguintes: (i) bônus, cobrado no momento da assinatura do contrato ou em outra circunstância; (ii) aluguel das áreas objeto de exploração; (iii) participações especiais nos lucros extraordinários; (iv) parcela de *profit oil* (própria dos *regimes de partilha de produção*); (v) impostos tradicionais, a exemplo dos incidentes sobre os rendimentos; e (vi) dividendos decorrentes das operações – quando o Estado atua no setor, por meio de parcerias com as multinacionais ou no caso da existência de uma petrolífera estatal exercendo diretamente as atividades exploratórias. Cfr. BAIN & COMPANY; ADVOGADOS, Tozzini Freire. *Relatório I – Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural*. São Paulo: Bain & Company / Tozzini Freire Advogados, 2009, pp. 15 e 16.

jurídica tributária. Por outras palavras, procura-se definir se as participações governamentais da indústria do petróleo, com destaque para os *royalties*, devem ser enquadradas estritamente nas normas de Direito Tributário ou nas normas mais abrangentes de Direito Financeiro. Um problema de difícil solução, tendo em vista tanto as estruturas complexas e sofisticadas dessas figuras remuneratórias, quanto as inúmeras particularidades existentes, que podem variar de sistema para sistema.

Daí o presente capítulo ter por objetivo explicar, em contraponto com opiniões contrárias e decisões judiciais, as teses doutrinárias que sustentam que principalmente os *royalties* corresponderiam a mais um mecanismo de tributação *stricto sensu* das operações petrolíferas, visto que os equiparam às espécies tributárias tradicionais. Especificamente no ordenamento brasileiro, a natureza jurídica de tributo em sentido estrito é defendida por apenas uma pequena parcela da doutrina, a qual compreende o *royalty* como um autêntico imposto. Interessante, porém, é o tratamento dado a esse instituto por juristas de outros países que o classificam como uma taxa.

Feitas as devidas considerações introdutórias, avancemos à análise pormenorizada de cada tese destacada, mas não sem antes informar que, nesta seção, gravitaremos em torno do seguinte questionamento: os *royalties* do petróleo pertencem ao quadro das receitas que derivam da atividade financeira coercitiva do Estado, designadas *receitas derivadas*?

1. Natureza Jurídica de Imposto

No direito brasileiro, a tese da natureza tributária dos *royalties* do petróleo tem sua origem nos escritos elaborados pelos professores Roque Antônio Carrazza e Alberto Xavier.²⁵ Tendo como objeto de estudo a *compensação financeira pela exploração de recursos minerais* (CFEM) – comumente conhecida como *royalty* da mineração –, instituída pela Lei nº 7.790/89²⁶, os referidos autores entenderam que a mesma seria dotada de peculiaridades condizentes a um verdadeiro tributo, tais como a patrimonialidade, compulsoriedade e previsibilidade legislativa.

²⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”. In: *Revista Justitia*, São Paulo, v. 57, n.º 171, 1995, pp. 88 a 116; XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 29, pp. 10 a 25.

²⁶ Art. 6º A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o 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.

Dessa forma, ela se amoldaria aos preceitos do artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece o conceito de tributo como sendo *toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*²⁷²⁸

De igual sorte, utilizaram como fundamentação o conteúdo do artigo 4º do CTN, segundo o qual é indiferente para a determinação da natureza jurídica do tributo a *denominação* – no caso deles, compensação financeira pela exploração de recursos minerais – e *demais características formais adotadas pela lei*, bem como a *destinação legal do produto da sua arrecadação* – seria irrelevante, portanto, o resultado da obrigação em causa ser parcialmente destinado a entidades públicas que não possuem competência legislativa para instituí-la, já que esta é privativa da União Federal.

Dentre as espécies tributárias, os mesmos juristas entenderam que a CFEM se enquadraria no conceito de imposto descrito no artigo 16 do CTN, uma vez que representaria um *tributo cuja obrigação tem por fato gerador²⁹ uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte* – designadamente, exploração dos recursos minerais, a qual não estaria vinculada a uma

²⁷ Destaca-se a conclusão de Alberto Xavier: “se o próprio texto do § 1º do art. 20 da Constituição Federal prevê a criação pela lei em favor de entes de direito público de prestações patrimoniais compulsórias, pode desde já concluir pela *natureza tributária* das prestações em causa, pois os seus traços essenciais se subsumem por inteiro ao conceito de tributo dado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional”. XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 12.

²⁸ Outro conceito legal pode ser encontrado no art. 9º da Lei nº 4.320/64: “Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio das atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades”.

²⁹ O Decreto nº 1/1991, estabelece em seu artigo 15 o seguinte: “Constitui fato gerador da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial”. Por sua vez, o parágrafo único acrescenta: “Equipara-se 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”; Já o artigo 2º da Lei 8.001/1900 fixa a base de cálculo da CFEM: “Para efeito do cálculo de compensação financeira de que trata o art. 6º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, 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”. O § 1º, por sua vez, determina as alíquotas de cada minério: “O percentual da compensação, de acordo com as classes de substâncias minerais, será de: I - minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 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, e 0,2% (dois décimos por cento) nas demais hipóteses de extração.” (grifos nossos).

atuação da Poder Público e seria a manifestação da capacidade contributiva plenamente apropriada à exigência de um imposto.³⁰

Finalmente, a compulsoriedade tributária derivaria do próprio texto constitucional do § 1º do artigo 20, o qual, ao garantir o direito de Estados e Municípios ao recebimento de *participação no resultado* da exploração de petróleo ou de *compensação financeira* por essa exploração nos respectivos territórios, teria determinado que o legislador federal instaurasse um tributo.

Portanto, seguindo a corrente fundamentada pelos ensinamentos de CARRAZZA e XAVIER e estendendo-a para a atual sistemática dos *royalties* petrolíferos, estes seriam *receitas derivadas*³¹ e, mais precisamente, de natureza tributária, pois, se destrincharmos o conceito legal e doutrinal de tributo, eles teriam os seguintes traços característicos:

- a) *Prestações pecuniárias*: de fato, as companhias petrolíferas transferem para os cofres públicos um percentual do *rendimento bruto*³² obtido com a produção do petróleo;
- b) *Compulsórias*: tal transferência não possui caráter voluntário, mas sim obrigatório (*ex vi legis*);³³

³⁰ XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 16; Veja-se o pensamento de CARRAZZA: “Portanto, sob o rótulo ‘compensação financeira’, esconde-se um autêntico imposto. Imposto porque tem por hipótese de incidência um fato independentemente de atuação estatal relativa ao contribuinte (a exploração econômica de recursos minerais) e, por base de cálculo, uma dimensão deste fato (o total das receitas de vendas). O binômio hipótese de incidência/base de cálculo da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’ confirma-nos sua natureza de imposto (tributo não vinculado)”. CARRAZZA, Roque Antônio. In: “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”, cit., pp. 104 e 105.

³¹ Em sentido contrário, Marilda Rosado e Rodrigo Jacobina incluem os *royalties* previstos pela legislação brasileira no rol das receitas *não* fiscais, senão vejamos: “Among the non-tax revenues, we have Royalties, the Payments for the Occupation or Use of an Area, Signing Bonuses and Special Participation Fees (PE). The first two payments are obligatory, under article 45 of the Petroleum Law, with the second of these being used in the case of onshore exploration. The Signing Bonus and the PE will depend on the rules applicable to the auction of the block, and upon its productive capacity”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; JACOBINA, Rodrigo. “Tax Regime and Business Plan”. In: *Brasil Energy*, year 33, n. 432 – June 1, 2012, p. 29.

³² Cfr. KAISER, Mark J.; PULSIPHER, Allan G.. *Fiscal System Analysis: Concessionary and Contractual Systems Used in Offshore Petroleum Arrangements*. U.S. Department of the Interior, Minerals Management Service, Gulf of Mexico OCS Region, New Orleans, 2004, p. 5.

³³ A propósito das letras *a* e *b*, Paulo de Barros Carvalho, ao discorrer sobre as características presentes em um tributo, alerta que “prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro [que aqui, de acordo com as teses de CARRAZZA e XAVIER, seria representada pelos *royalties*], afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias (que receberiam o influxo de outro modal – o ‘permitido’). Por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo [no caso, as companhias petrolíferas], o qual *deve* efetivá-la, ainda que contra seu interesse. Concretizando o fato previsto na norma jurídica [a efetiva produção de petróleo ou gás natural], nasce, automática e infalivelmente, o elo [a própria relação tributária] mediante o qual alguém

- c) *Em moeda*: de acordo com o artigo 47 da Lei nº 9.478/1997, os *royalties* gerados pelo regime de concessão devem ser *pagos mensalmente, em moeda nacional*³⁴, *a partir da data de início da produção comercial*³⁵ de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural. Ademais, o parágrafo 1º agrega que, tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor acima referido para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção. Já o parágrafo primeiro do artigo 42 da Lei nº 12.351/2010 prevê uma alíquota de 15% para os *royalties* advindos do pré-sal mediante o regime de partilha de produção.
- d) *Não constituem sanção por ato ilícito*: o fato que desencadeia o seu nascimento não representa descumprimento de um dever legal – quando poderiam ser classificados como multas pecuniárias/administrativas ou outras espécies de sanções;
- e) *Instituídos em lei*: embora pressuponham a existência de um contrato prevendo o pagamento dos mesmos, essa obrigação possui *status* constitucional (art. 20, § 1º, da CF/88), além de ser regulamentada pela Lei do Petróleo (art. 45 e ss. da Lei 9.478/97) e contemplada também pelo Marco Regulatório do Pré-sal (art. 42 da Lei 12.351/2010);
- f) *Cobrados mediante atividade administrativa plenamente vinculada*: a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)³⁶,

ficará adstrito ao comportamento obrigatório de uma prestação pecuniária”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57;

³⁴ Vale ressaltar, entretanto, que há ordenamentos jurídicos que permitem o pagamento de *royalties in natura*/espécie, ou seja, ao invés de pecúnia, as companhias petrolíferas transferem uma parte do próprio petróleo produzido para os Estados anfitriões.

³⁵ De acordo com obra elaborada por um distinto grupo de *experts* no setor de petróleo e gás natural, a expressão *produção comercial* quer dizer: “Capacidade de produção que mostrará um lucro financeiro. Operações localizadas em áreas com elevados custos operacionais deverão produzir um volume maior de petróleo para ser considerado comercialmente produtivo, o que não acontece com o perfurado em uma área convencional. O valor da produção comercial é julgado sobre a capacidade de um campo (diversos poços) e não de um poço”. FERREIRA, Doneivan F. (org.). *Produção de Petróleo e gás em Campos Marginais: um nascente mercado no Brasil*. São Paulo: Komed, 2009, p. 490.

³⁶ A ANP foi estatuída pelo artigo 7º da Lei do Petróleo, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

órgão da Administração Federal Indireta, é responsável pela sua arrecadação³⁷ e distribuição³⁸ aos beneficiários.

Ademais, aplicando a regra de hermenêutica do artigo 4º do CTN, seria irrelevante para a qualificação dessa natureza o *nomen iuris* “royalties”, além de o produto de sua arrecadação ser destinado a entes subnacionais – Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da Administração Direta Federal – distintos daquele que tem competência privativa para criá-los – União.³⁹

Com base em tais autores, pode-se dizer ainda que os *royalties* seriam verdadeiros impostos (tributos não vinculados), em virtude de possuírem, como hipótese de incidência, um fato *não* consistente em uma atuação estatal: produzir petróleo, atividade econômica que, no caso brasileiro, pode ocorrer mediante regime de concessão ou partilha de produção. Completando a regra-matriz do pretendido imposto, a sua base de cálculo corresponderia ao volume de óleo produzido, com alíquotas de 5% a 15% (variando conforme os riscos geológicos e o grau de dificuldade técnica e operacional de cada jazida) e contribuinte preestabelecido (toda pessoa que realizar o fato *in abstracto*).

Cumprido destacar, igualmente, o ponto de vista de outros autores que também entendem estarmos perante uma natureza eminentemente tributária.⁴⁰

³⁷ José Gutman afirma que “na prática, ocorre uma espécie de lançamento por homologação, no qual os concessionários apuram o *quantum debeatur* e recolhem tal montante através de Documento de Arrecadação da Receita Federal (DARF), o qual é posteriormente submetido ao órgão regulador [ANP] juntamente com um demonstrativo de apuração dos royalties que explica todos os cálculos”. GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, pp. 11 e 12;

³⁸ Para que a ANP possa elaborar os cálculos dos valores devidos a cada beneficiário e realizar tal distribuição, “esta se vale de informações passadas pelos concessionários, tais como: produção mensal do petróleo e gás natural por poço, localização de cada poço (para definir o município beneficiário), preços de venda de seus hidrocarbonetos praticados no mês de apuração, volumes mensais de movimentação de petróleo e gás natural em suas instalações de embarque e desembarque (v.g. píeres e monobóias)”. GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*, cit., p. 12.

³⁹ José Gutman, desconsiderando, aparentemente, a hipótese de aplicar a redação do art. 4º do CTN ao caso ora em estudo, sustenta que “os royalties não são tributos, e sim compensações financeiras, até mesmo porque os tributos são *numerus clausus* previstos no Capítulo I (do Sistema Tributário Nacional) do Título VI (da Tributação e Orçamento) da Constituição Federal de 1988 (arts. 145 a 162), sendo o tributo gênero que, segundo a melhor doutrina, abarca as seguintes espécies: impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios”. GUTMAN, José. “Natureza jurídica dos royalties no Brasil”. In: *Petróleo, Royalties e Região* – Boletim do Mestrado em Planejamento Regional e Gestão de Cidades da Universidade Candido Mendes – Campos, ano IV, n. 16, Junho. Rio de Janeiro: pp. 5 e 6, 2007, p. 5.

⁴⁰ Adriano Daleffé, também adepto desta corrente, alerta o seguinte: “Considerando que a CFEM não decorre do descumprimento de dever legal ou sanção de ato ilícito (quando poderia cogitar-se sua natureza de multa), tampouco de convenção entre o minerador e o órgão encarregado de sua arrecadação, parece não restar outra alternativa senão a admissão de que a CFEM é tributo. Não há outro título pelo qual as receitas da CFEM ingressem nos cofres públicos senão o tributário. Não é multa, não é receita contratual, não é indenização. Trata-se de típica prestação *ex lege*, compulsória, traduzida em moeda e cobrada mediante atividade administrativa vinculada”. DALEFFE, Adriano. “Ilegalidade da

Em conformidade com o ensaio de José Roberto Rodrigues Afonso e Sergio Wulff Gobetti, aquele primeiro parágrafo do artigo 20 da Constituição Federal, embora esteja incluído no capítulo que versa sobre a *Organização do Estado*, caracterizar-se-ia como *uma diretriz de natureza tributária*, se compreendido em um sentido lato de *qualquer forma de extração compulsória de recursos pelo Poder Público*.⁴¹ Na literatura econômica de Fernando Postali⁴², os *royalties* são incluídos no quadro da tributação sobre a indústria petrolífera e tratados como *impostos ad valorem*⁴³, atuando ao lado do *bônus fixo* e do *imposto sobre a renda do recurso*. Estes, segundo POSTALI, seriam os *três tipos básicos* de tributos, para reverter às arcas estatais os benefícios do correspondente setor de petróleo, embora possam variar de acordo como as particularidades e arranjos institucionais de cada país.

Desse modo, podemos dizer que estaríamos na presença da face financeira coercitiva do Estado de Direito, condensada, aqui, na expressão *Estado Fiscal*, já que os *royalties* figurariam como prestações públicas compulsórias obtidas através de constrições impostas ao patrimônio das *internacional oil companies (IOC)*. Em outras palavras, para além dos diversos impostos tradicionais incidentes sobre as atividades realizadas pela indústria extrativa, o Estado Petrolífero seria titular de mais um imposto, cobrado por unidade de produção (*royalties fixos*)⁴⁴ ou mediante uma taxa ou alíquota, fixa ou móvel, imputada sobre o valor dos barris de óleo produzidos (*royalties ad valorem*)⁴⁵.

Em termos mundiais, este entendimento é mais difundido, uma vez que os *royalties* se apresentam, em muitos sistemas jurídicos, sob a denominação de *impostos sobre a produção de petróleo*⁴⁶ ou *impostos especiais sobre o petróleo*⁴⁷, além de

Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 33, 1998, p. 11.

⁴¹ AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBETTI, Sergio Wulff. “Rendas do petróleo no Brasil: Alguns Aspectos Fiscais e Federativos”. In: *Revista do BNDES*, vol. 15, n. 30, 2008, p. 237.

⁴² POSTALI, Fernando Antonio Slaibe. *Renda mineral, divisão de riscos e benefícios governamentais na exploração de petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDS, 2002, p. 60.

⁴³ *Impostos ad valorem*, como define Sérgio Vasques, são aqueles “que incidem sobre valores – tais como o valor do rendimento, patrimônio ou consumo do sujeito passivo”. VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 199.

⁴⁴ Esta espécie de *royalty* institui uma relação estável entre um valor monetário preestabelecido e determinado volume de produção, exemplificativamente, R\$ *x* por tonelada.

⁴⁵ Como é o caso dos *royalties* e da participação especial adotados pela legislação brasileira, conforme estipulado pelas Leis 9.478/97 e 12.351/10.

⁴⁶ Como explica Décio Hamilton Barbosa, o “regime de concessão angolano aplicável na Província de Cabinda compreende três diferentes impostos: o Imposto sobre o Rendimento de Petróleo (IRP), o Imposto de Transação de Petróleo (ITP) e o Imposto sobre a Produção de Petróleo (IPP), sendo que este último tem todas as características de um *royalty*. O Imposto sobre

situarem-se no grupo de típicos tributos, a exemplo dos impostos sobre a propriedade e sobre a renda⁴⁸. Até nos casos em que possuem a própria designação de *royalties* ou *gross royalty*, também há entendimentos conferindo aos mesmos a identidade tributária.⁴⁹

Nesse contexto, como sublinham alguns autores, manifestar-se-ia um regime de tributação muito especial, à medida que o *royalty* constituiria um instrumento de arrecadação de receitas tributárias extremamente simples, direto e eficaz, por requerer, em geral, apenas medição do petróleo produzido e aplicação de um preço sobre essa produção – *podendo ser o próprio preço de mercado ou uma função dele*⁵⁰ –, assim como por possuir custos de controle e administração menores, se comparados aos das outras espécies fiscais.⁵¹ Ademais, este sistema especialíssimo de cobrança, principalmente quando intitulado de imposto, se confrontado com o cenário onde figura

a Produção do Petróleo (IPP) incide à alíquota de 20% sobre a receita bruta da produção. Essa alíquota pode ser reduzida até 10%, a critério do governo, em casos de acumulações marginais, áreas marítimas com mais de 750 metros de profundidade e áreas terrestres de difícil acesso. A alíquota anterior relativa aos primeiros contratos era de 16,67%. O pagamento pode ser feito em dinheiro ou em petróleo, de acordo com a opção do governo”. BARBOSA, Décio Hamilton. *Tributação do Petróleo no Brasil em outras jurisdições*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011, pp. 74 e 75.

⁴⁷ Em Portugal, como bem acentua a professora Suzana Tavares da Silva, “no que respeita à fase de produção, é importante registar a subordinação dessa actividade ao pagamento do *imposto sobre produção de petróleo* (cfr. art. 51. do Decreto-Lei n. 109/94), que constitui um imposto especial de taxa progressiva sobre a produção daquele recurso mineral nacional, cuja matéria colectável é calculada em função dos preços médios praticados no mercado livre para petróleo de qualidade comparável. Trata-se, como os autores sublinham, de um regime de tributação especial que corresponde apenas ao modelo menos intenso de participação do Estado na exploração do petróleo. Com efeito, este imposto, que faz parte dos modelos-tipo de exploração assentes em contratos de concessão, onde o Estado se limita a exigir à concessionária um imposto ou royalty pela exploração de um bem do qual é proprietário, consubstancia a forma menos intensa e com menor risco, de o Estado participar nas receitas proporcionadas pela venda deste bem”. SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*, cit., pp. 55 e 56.

⁴⁸ O ensaio elaborado por Mitch Kunce e William E. Morgan faz uma profunda análise de todos os principais tributos cobrados sobre a indústria de petróleo e gás nos Estados Unidos durante o período de 1970 a 1977. Os aludidos autores abordam os impostos com base em seus efeitos sobre a extração de recursos, agrupando-os em três grandes categorias: produção, propriedade e renda. Neste contexto, consideram os *royalties* como impostos sobre a produção. KUNCE, Mitch; MORGAN, William E.. “Taxation of Oil and Gas in the United States 1970-1997”. In: *Natural Resources Journal*, 45, 2005, pp. 77 a 102.

⁴⁹ NAKHLE, Carole. *Petroleum Taxation – Sharing the oil wealth: a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow*. Oxon: Routledge, 2008, p. 22.

⁵⁰ Como destacado pelo economista Fernando Postali, acrescentando ainda que, não obstante sua estrutura atrativa e de fácil administração, “há uma dificuldade para implementar os *royalties* com uma alíquota unificada para todo o setor, pois os projetos são heterogêneos e seus valores presentes líquidos são muito sensíveis a ela. Assim, alguns investimentos marginais podem deixar de ser realizados, ocasionando perdas de receita para a União”. POSTALI, Fernando Antonio Slaibe. *Renda mineral, divisão de riscos e benefícios governamentais na exploração de petróleo no Brasil*, cit., p. 65.

⁵¹ Cfr. BARBOSA, Décio Hamilton. *Tributação do Petróleo no Brasil em outras jurisdições*, cit., p. 69; Este autor ainda afirma que “a forma mais tradicional de tributação do petróleo é o royalty. Ele constitui a recompensa do senhor da terra por permitir a exploração de um recurso sobre o qual exerce a propriedade”.

– marcado por uma série de riscos, instabilidades e elevados investimentos privados –, demonstraria a intenção do legislador de submetê-lo ao regime tributário, objetivando transmitir alguma segurança para os investidores estrangeiros, no que tange às suas modificações estarem subordinadas ao princípio da legalidade tributária⁵², o que traria mais estabilidade ao setor.⁵³

Outro ponto importante de mencionar, diretamente relacionado a um tema tradicional bastante controvertido dentro da abordagem jurídica fiscal, é que alguns autores sustentam que o fato dos *royalties* do petróleo se apresentarem, em alguns sistemas normativos, ora como uma prestação de *dare pecunia* (pecuniária), ora como um prestação *in natura* (em espécie), não descaracterizaria a respectiva natureza jurídica de imposto.⁵⁴ Em outros dizeres, embora a sua matéria coletável possa traduzir-se em dinheiro ou barris de óleo, o *royalty* continuaria sendo um verdadeiro tributo da espécie imposto.⁵⁵

Com efeito, no Brasil, assim como em outros países petrolíferos, realmente há margem para se cogitar a natureza jurídica tributária dos *royalties* do petróleo, sobretudo, por eles serem, a princípio, compatíveis com o conceito de tributo delimitado pelo CTN. Isso, todavia, seria suficiente, para caracterizá-los como tal? Teria esse conceito legal, assim como o elaborado pela doutrina em geral, o objetivo de abranger toda e qualquer receita pública que lhe seja compatível? A compulsoriedade da

⁵² Nesse sentido, veja-se SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Taborba da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 438.

⁵³ Reconhecendo a importância de um regime fiscal estável para estimar o potencial de obtenção de receitas por parte da União, ao passo que a estabilidade no setor petrolífero reduziria o risco político, contribuindo, assim, para otimizar o nível de investimentos, Fernando Postali entende, no entanto, que, em relação a isso, “o imposto *ad valorem* padece de um defeito, pois pode tornar inviável um projeto lucrativo em sua ausência (...), resultando em perdas potenciais de receita para o governo. Além disso, os *royalties* não eliminam os efeitos deletérios da incerteza sobre a decisão de investir, apesar de uma carga maior de risco ser suportada pelo governo. Por fim, o concessionário pode não acreditar no compromisso da agência em manter a alíquota dos *royalties*, levando-o a embutir uma taxa de risco em suas avaliações. Isso torna necessária a existência de um contrato sólido e de uma legislação que se faça cumprir”. POSTALI, Fernando Antonio Slaibe. *Renda mineral, divisão de riscos e benefícios governamentais na exploração de petróleo no Brasil*, cit., p. 64.

⁵⁴ De acordo com a doutrina de Pedro Soares Martinez, tratando do ordenamento português, o “regime de opção quanto ao pagamento em dinheiro ou em espécie foi estabelecido relativamente ao *imposto sobre a produção de petróleo*, criado, na expectativa dos resultados das pesquisas a realizar no território metropolitano e na respectiva plataforma continental, pelo Decreto-Lei n.º 625/71, de 31 de Dezembro, nos termos do Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 151/72, de 6 de Maio (art. 25.º)”. MARTINEZ, Pedro Soares. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 1983, pp. 27 e 28; No mesmo sentido, António Braz Teixeira afirma que “não só foi normal durante longos séculos o pagamento de imposto em gêneros (p. ex., julgada, imposto do pescado), como existe ainda hoje um imposto cuja cobrança tanto pode efetuar-se em espécie como em dinheiro (imposto sobre a produção de petróleo (...))”. TEIXEIRA, António Braz. *Princípios de Direito Fiscal*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1985, pp. 36 e 37.

⁵⁵ Atualmente, em Angola, o pagamento do *Imposto Sobre a Produção do Petróleo* pode ser efetuado tanto em dinheiro quanto em óleo. Veja-se considerações realizadas na nota 45.

obrigação em causa seria realmente de natureza tributária, isto é, decorreria do *ius imperium*? Os critérios de pagamento do *royalty* revelariam uma prestação obtida de acordo com a capacidade contributiva das empresas petrolíferas – princípio subjacente à categoria dos impostos? Além disso, poderia haver a incidência de tributo do tipo imposto sobre o aproveitamento econômico de bens do patrimônio público, considerando que aquela figura tributária, em sua típica apresentação, prescinde uma contraprestação estatal? Não teríamos aqui a configuração de um caráter contraprestacional?

A fim de enriquecer a reflexão sobre as interrogações acima pontuadas, avançaremos à análise das problemáticas constitucionais sobre a instituição dos *royalties* na ordem jurídica brasileira, as quais foram determinantes para o posicionamento maioritário dos tribunais brasileiros sobre a matéria.

1.1 (In)constitucionalidade dos *royalties* a partir da natureza jurídica de imposto

Tendo a CFEM – leia-se *royalties* da mineração – como imposto, Roque Antônio Carrazza e Alberto Xavier, ao final dos respectivos estudos, levantaram, entre outras, a bandeira da inconstitucionalidade dessa prestação pecuniária, mas a partir de fundamentações diferentes.

Para CARRAZA, o imposto “compensação financeira pela exploração de recursos minerais”, como não estaria arrolado no artigo 153 da Constituição Federal⁵⁶, só poderia encontrar legitimidade no âmbito da *competência residual*⁵⁷ da União, nos termos do disciplinado pelo artigo 154, inciso I, também da Constituição⁵⁸. O problema

⁵⁶ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

⁵⁷ Denomina-se *competência residual* aquela exclusivamente outorgada à União Federal para instituir impostos não previstos pela Constituição, contanto que o faça através de lei complementar, não adentre no âmbito das competências impositivas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nem viole os direitos fundamentais dos contribuintes. Assim, a União pode criar, mediante legislação complementar, outros impostos para além dos constitucionalmente preestabelecidos no campo de suas competências privativa e extraordinária (esta última também exclusiva da União), desde que não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos de alguma das espécies de imposto já previstas. Consequentemente, Estados, Distrito Federal e Municípios, por não terem competência residual, apenas a privativa, só podem criar impostos privativos.

⁵⁸ Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.

residiria no fato da sua instituição não ter respeitado os preceitos constitucionais contidos neste último artigo citado. Em primeiro lugar, porque não ocorreu por meio de lei complementar, mas sim através da Lei Ordinária nº 7.990/89. Em segundo lugar, por ferir o princípio da não-cumulatividade e possuir o mesmo binômio fato gerador/base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), de competência estadual, o que invadiria o campo tributário exclusivo dos Estados.⁵⁹

A CFEM também seria um tributo incobrável, ainda segundo CARRAZZA, pelo motivo de sua hipótese de incidência ter violado os ditames do artigo 155, § 3º, da Lei Maior, o qual, à época de sua análise, previa que apenas três impostos poderiam incidir sobre “operações relativas à energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País”⁶⁰, a saber: o supramencionado ICMS, o imposto sobre a importação de produtos estrangeiros e o imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados. Dessa forma, a União teria moldado um quarto imposto (a CFEM) incidente sobre operações de mineração, desrespeitando, igualmente, o referido dispositivo.⁶¹

Em sentido contrário, XAVIER sustentou que a CFEM, enquanto imposto, não desrespeitaria os termos constitucionais do artigo 155, aludido no parágrafo anterior, levando em conta dois caminhos distintos, mas que conduziriam ao mesmo fim: a não-violação do *princípio do exclusivismo* consagrado no § 3º daquele artigo. No primeiro, tal tributo estaria *implicitamente* presente na lista de impostos discriminados pelo referido parágrafo, considerando que os seus contornos já viriam indicados no próprio § 1º, do artigo 20, da Constituição. Em outras palavras, entendemos que, para

⁵⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. In: “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”, cit., pp. 105 e 106.

⁶⁰ Este artigo continua prevendo apenas a incidência dos referidos impostos, mas a sua lista de operações foi alargada, visto que, após a Emenda Constitucional nº 33/2001, passou a ter a seguinte redação: “§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo [ICMS] e o art. 153, I e II [imposto de importação e imposto de exportação], nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”; Conforme ensina o próprio CARRAZZA, “não foi criada, neste ponto, nenhuma imunidade tributária, mas, apenas, o constituinte teve o cuidado de declarar que as precitadas operações, dependendo do caso, serão alcançadas tão-somente pelos referidos impostos. Ainda que inexistisse esse dispositivo, o sistema constitucional apontaria para a mesma solução”. O autor ainda complementa dizendo que “obviamente, o dispositivo diz respeito, apenas e tão-somente, a impostos (tributos não-vinculados); não a taxas ou contribuições (tributos vinculados). Assim, nada impede que taxas (de polícia ou de serviço) ou contribuições (v.g., contribuições de intervenção no domínio econômico) venham a alcançar pessoas que eventualmente pratiquem as mencionadas operações”. CARRAZZA, Roque Antônio. “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”, cit., p. 108.

⁶¹ CARRAZZA, Roque Antônio. In: “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”, cit., p. 109.

esse tributarista, a CFEM não representaria um novo imposto⁶² criado pela União, através da Lei 7.790/89, cujo papel teria sido, embora *erroneamente*, apenas definir normativamente o seu regime jurídico. Já no segundo, não haveria sequer motivo para a CFEM figurar explícita nem implicitamente entre os tributos elencados pelo parágrafo analisado, pois não seria um imposto incidente sobre “operações relativas a minerais do País”, isto é, sobre operações isoladas – como é o caso do ICMS, do imposto sobre importação e do imposto sobre exportação –, mas sim sobre o *faturamento/parâmetro* global – a exemplo do imposto de renda –, motivo pelo qual não estaria abrangida por tal regra.⁶³

No parágrafo anterior, utilizamos a palavra “erroneamente”, porque XAVIER suscita a inconstitucionalidade da Lei 7.790/89, mediante a alegação de que ela teria violado o princípio da reserva de lei complementar, consagrado no artigo 146, inciso III, da Constituição⁶⁴. Este dispositivo, conforme ensina aquele autor, separou o momento da *instituição* do tributo do momento prévio da *definição dos seus elementos essenciais* (nomeadamente, fatos geradores, bases de cálculos, contribuintes, entre outros). O primeiro estaria subordinado à “simples” lei ordinária, ao passo que o segundo seria exclusivamente reservado à lei complementar⁶⁵. Dessa forma, a Lei 7.790/89, de natureza ordinária, ao ter instituído o tributo CFEM já previsto pelo legislador constitucional e, *ao mesmo tempo*, ter definindo o seu fato gerador, base de cálculo e contribuinte, teria invadido o âmbito de atuação da lei complementar, sendo eivada, portanto, por elementos inconstitucionais.⁶⁶

Veja bem, tanto pela ótica de CARRAZA quanto pela de XAVIER, não se discute a competência da União Federal para instituir e exigir um imposto nos moldes da CFEM, mas sim o instrumento pelo qual tal entidade política se utilizou para criá-la e estabelecer os seus traços principais.

⁶² Ou um *imposto residual*, conforme defende CARRAZZA.

⁶³ XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., pp. 19 e 20.

⁶⁴ Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

⁶⁵ O que, segundo XAVIER, se deu com claro intuito de fortalecer as garantias do contribuinte, tendo em vista que a lei ordinária só precisa ser aprovada pela maioria simples do Congresso Nacional, enquanto que a lei complementar exige maioria absoluta.

⁶⁶ XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., pp. 17 a 19.

Então, transplantado as ponderações supramencionadas para a realidade ora estudada, os *royalties* petrolíferos, na qualidade de impostos federais, também seriam inconstitucionais no direito brasileiro?

1.2 Entendimentos doutrinários contrários

Os doutrinadores que se contrapõem à teoria da natureza jurídica tributária dos *royalties* petrolíferos afirmam não haver possibilidade de classificá-los como receitas públicas derivadas e como tributos, mediante os argumentos abaixo descritos.

O primeiro deles, e mais controverso, gira em torno do elemento da compulsoriedade. Para alguns, o caráter compulsório das prestações em tela não teria o poder de especificar sua natureza e, conseqüentemente, seu regime legal, considerando que não só o dever jurídico tributário teria a conotação compulsória, mas também todos os deveres das demais áreas jurídicas – administrativa e obrigacional, por exemplo.⁶⁷ Para outros, como a empresa petrolífera adere, por livre e espontânea vontade, ao contrato, precedido de licitação, o qual faz surgir a obrigação de pagamento das participações governamentais, entre as quais, caso efetivamente ocorra produção de hidrocarbonetos, figuram os *royalties*, esse quadro seria suficiente, para afastar a compulsoriedade tipicamente tributária (coercitiva), em que a voluntariedade do sujeito passivo não determinaria sua incidência. De uma forma geral, para a doutrina contrária, a condição compulsória de tais prestações, diferentemente da dos tributos, não decorreria do poder de império do Estado, mas sim da autorização ou concessão para a exploração de uma parcela de seu patrimônio.⁶⁸

O segundo, por sua vez, estaria relacionado com o próprio bem extraído que enseja a cobrança ora analisada, o petróleo. À medida que esse recurso exaurível integra

⁶⁷ JARDIM, Eduardo Marciel Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 76

⁶⁸ Sobre este ponto, Fabricio Leite posiciona-se da seguinte forma: “De fato, a compulsoriedade é característica fundamental no conceito de tributo. Não nos parece, entretanto, que haja compulsoriedade no pagamento de verbas para a exploração de um bem público dominial, através da delegação de atividades econômicas monopolizadas pelo Estado, sendo regidas, em linhas gerais, por normas de direito privado, apesar de a lei ou o próprio contrato preverem obrigações e poderes publicistas. Ou seja, a contraprestação devida pela empresa concessionária, assim o é porque ela aderiu por vontade própria a um contrato, em uma atividade sujeita à livre concorrência e à livre iniciativa”. LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. “As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta”. In: *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, 2009, p. 534. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03/05/2013.

o patrimônio público, sua exploração com fins econômicos, ainda que pela iniciativa privada, não poderia gerar uma receita derivada e, conseqüentemente, a incidência do regime jurídico-tributário. Nesse sentido, Fernando Facury Scaff afasta a natureza de imposto da figura dos *royalties*, comparando-a a taxa de ocupação (também conhecida como laudêmio ou aforamento⁶⁹) cobrada pela União a terceiros, devido ao uso de terrenos da marinha. Nos dois casos, segundo SACAFF, a sistemática seria a mesma: cobrança de quantias em função da exploração de bens constitucionalmente outorgados à União Federal, as quais ingressariam aos cofres públicos como receita originária patrimonial, natureza que temos de ver melhor no próximo capítulo.⁷⁰

Além disso, conforme complementa Aurélio Pitanga Seixas Filho, a razão da exigência de *royalties* (ou, consonante termo empregado pelo autor, da *compensação financeira*) não residiria em venda ou circulação econômica de mercadorias ou produtos pertencentes às concessionárias, mas sim em exploração (no sentido *lato*, abrangendo lavra, extração, industrialização e venda) de bens de propriedade pública – o que, segundo o autor, seria suficiente para rechaçar a principiologia tributária.⁷¹

Esses argumentos estariam estritamente conectados a um terceiro elemento, nomeadamente o caráter contraprestacional. Kiyoshi Harada, referindo-se de forma

⁶⁹ Segundo Maria Helena Diniz, aforamento, sob a perspectiva do Direito Administrativo, é o “uso de um bem público por um particular, desde que este pague ao Estado uma quantia anual”. Já no Direito Civil, aquela autora afirma que aforamento é “o direito real sobre coisa alheia que autoriza o enfiteuta a exercer, restrita e perpetuamente, sobre coisa imóvel, todos os poderes do domínio, mediante pagamento (...) de uma renda anual”. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2005, p. 146; De acordo com o voto da Ministra Eliana Calmon, proferido em julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, “O aforamento ou enfiteuse é instituto oriundo do direito privado que havia sido disciplinado no Código Civil de 1916 na parte dos direitos reais pelo seguinte conceito e características principais: (...) Fácil ver que na enfiteuse administrativa não há qualquer relação de consumo ou prestação de serviços, mas somente relação contratual que envolve a transferência de direitos sobre a propriedade de imóvel público a terceiros, mediante o pagamento de contra-prestação, no caso da enfiteuse, de foros e de laudêmios”. STJ, REsp nº 667.939, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 13/08/2007.

⁷⁰ A propósito, veja-se ainda a questão sugestiva deste autor: “Nas receitas derivadas não se há de falar em exploração do patrimônio público. O que existe é uma imposição de arrecadação de valores em decorrência do poder de império do Estado. Qual exploração do patrimônio público existe na cobrança de Imposto sobre a Renda, Cofins ou IPTU? Nenhuma”. SCAFF, Fernando Facury. “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM): Natureza Jurídica, Competência Normativa e Prescrição”. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 183-206, 2006, p. 188; Em sentido semelhante: “se formos seguir a lógica pela qual toda espécie de receita pública, prevista em lei, que não constitua sanção por 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 Código Tributário Nacional, então toda e qualquer receita pública (foros, laudêmios, preços públicos etc.) será doravante espécie de ‘tributo’”. TÓRRES, Heleno Taveira. “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, CF) – sua natureza jurídica”. In: ROCHA, Vladimir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 2, 1998, p. 135.

⁷¹ FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Naturais”. In: ROCHA, Vladimir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 2, 1998, p. 33.

ampla à CFEM, assinala não existir hipótese de compreendê-la como tributo, pois a mesma implicaria, necessariamente, em contraprestação de bens dominicais – recursos hídricos ou minerais – de titularidade federal. Assim, sustenta que, no caso presente, inexistiria uma relação de poder entre a União e as suas concessionárias que legitime uma imposição tributária, ocorrendo apenas uma *relação de propriedade*. Por esse motivo, defende que a CFEM ingressaria nos cofres públicos como *receita pública corrente*, de natureza patrimonial, e não sob a rubrica de receita derivada.⁷²

Este jurista ainda nos chama a atenção para o seguinte fato: para que haja a classificação de determinada arrecadação de dinheiro como tributo, faz-se necessário que todos os elementos ou aspectos da respectiva hipótese de incidência estejam presentes, o que, segundo HARADA, não ocorreria aqui, tendo em vista que os diversos órgãos⁷³ da União destinatários da CFEM não possuem personalidade jurídica, motivo pelo qual não poderiam figurar como sujeitos ativos dessa questionada tributação.⁷⁴

Entre outros entendimentos contrários⁷⁵, existe ainda registro doutrinário no sentido de que a compatibilização de um dado instituto com o conceito de tributo delineado pelo artigo 3º do CTN não seria bastante para defini-lo como tal. Isso ocorre, porque haveria outros critérios a serem observados, como a prévia exigibilidade de tratar-se de uma receita pública sem qualquer vinculação à exploração de bens dominicais ou à atividade econômica (agrícola, comercial, industrial ou prestação de serviço) desempenhada por uma das unidades federadas.⁷⁶

⁷² HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, cit., p. 54; Em outra ocasião, abordando exclusivamente os *royalties* do pé-sal, HARADA ratificou esse posicionamento, conforme o termos a seguir: “não aceitamos a natureza tributária dos *royalties* sustentada por parcela da doutrina. A compensação financeira não decorre da relação de poder como acontece com os tributos, mas da relação de propriedade, isto é, ela envolve contraprestação de bens pertencentes à União. Não há entre a União, proprietária dos bens, e os concessionários de recursos hídricos ou minerais uma relação de poder a legitimar a imposição tributária”. HARADA, Kiyoshi. *Royalties do pré-sal*. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390_Kiyoshi_Harada&ver=1136. Acesso em: 06/03/2013.

⁷³ Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério da Marinha, Ministério de Minas e Energia, entre outros.

⁷⁴ Cfr. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, cit., p. 54.

⁷⁵ Quanto ao linguajar típico do Direito Tributário utilizado pelo Decreto regulamentador da CFEM, veja-se o seguinte pronunciamento: “embora o regulamento regente da CFEM (Dec. 1/91) utilize alguns termos próprios do Direito Tributário, como fato gerador (art. 15) e lançamento (art. 16), não podemos, com isto, entender que se trata de um tributo. As palavras são meros rótulos, sendo irrelevantes para determinar a natureza jurídica de uma dado instituto”. GARCIA, Leonardo de Medeiros. “A Natureza Jurídica da Compensação Financeira pela Exploração Mineral (CFEM) e o Entendimento do STF sobre o Assunto”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 4, n. 4. Vitória: PGE/ES, 2005, p. 207.

⁷⁶ Nesse sentido, vide TÔRRES, Heleno Taveira. “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, CF) – sua natureza jurídica”, cit., p. 135.

Por fim, há argumentação afirmando que o sistema de distribuição da receita dos *royalties*, ao contemplar fundos e órgãos específicos, não o refletiria como um instituto de natureza tributária, em virtude da previsão constante no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal⁷⁷.

1.3 Posicionamento jurisprudencial

Por força da demonstrada tese da natureza tributária da CFEM (*royalties* minerários), as empresas de mineração acionaram os tribunais, para pôr em causa o dever de pagá-la, alegando, em juízo, tratar-se de verdadeiro imposto inconstitucional.

A jurisprudência teve, contudo, entendimento contrário às mineradoras. Isso se depreende do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 228.800-5, realizado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF.⁷⁸ De acordo com o voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, que figurou como relator do referido julgamento, o fato da CFEM ser caracterizada por patrimonialidade e compulsoriedade, bem como instituída por lei, não a tornaria, obrigatoriamente, um tributo. No entender do Ministro, a matéria não estaria disciplinada no capítulo que versa sobre o Sistema Tributário, mas sim no artigo 20 da Constituição. Assim, como este artigo se refere a bens da União, as receitas previstas em seu parágrafo 1º teriam natureza patrimonial⁷⁹ (e, não, tributária/derivada). De outra maneira, alegou que a *participação nos resultados* e a *compensação financeira*, por terem causa em exploração de bens integrantes do

⁷⁷ Art. 167. São vedados: (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

⁷⁸ O acórdão que não conheceu do referido Recurso Extraordinário foi assim ementado: “BENS DA UNIÃO: (RECURSOS MINERAIS E POTENCIAIS HÍDRICOS DE ENERGIA ELÉTRICA): PARTICIPAÇÃO DOS ENTES FEDERADOS NO PRODUTO OU COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR SUA EXPLORAÇÃO (CF, ART. 20, E § 1º): NATUREZA JURÍDICA: CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA (LEI 7.990/89, ARTS. 1º E 6º E LEI 8.001/90). 1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. 2. A obrigação instituída na Lei 7.990/89, sob o título de “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de “participação no produto da exploração” dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição” (grifo nosso). STF, RE nº 228.800-5, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 16/11/2001.

⁷⁹ Natureza esta que abordaremos mais à frente.

patrimônio público, diferenciar-se-iam dos impostos, à medida que estes não estão vinculados a qualquer contraprestação estatal.⁸⁰

Nesse sentido, a Suprema Corte manteve a obrigação de pagamento da CFEM, seguindo a decisão recorrida e o parecer do Ministério Público Federal, que já haviam apontado o cunho não tributário dessa obrigação.⁸¹

Em acórdãos mais recentes, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região comungou do posicionamento do STF sobre a questão, através dos julgamentos da Apelação Cível n.º 1999.38.00.032319-9/MG⁸² e da Apelação em Mandado de Segurança n.º 1999.01.00.014480-2/MG⁸³.

No primeiro, a Apelante seguiu à risca a tese defendida por Roque Antônio Carrazza, visto que sustentou no processo ser a CFEM um tributo inconstitucional, quer por não ter sido instituída por lei complementar (violando, portanto, o art. 154, I, da CF/88), quer por ferir a regra da não-cobrança de impostos – ressalvados o ICMS, o imposto de importação e o imposto de exportação – sobre operações relativas a minerais (violando, igualmente, o art. 155, § 3º, da CF). O Tribunal, apesar de reconhecer o respaldo jurídico das alegações da Apelante, afastou as suscitadas inconstitucionalidades, por entender que tal compensação teria nítida *natureza*

⁸⁰ De acordo com o relatório do Min. Sepúlveda Pertence, “Também não convence a alegação de que a CFEM seria tributo por se ajustar ao conceito definido pelo art. 3. do CTN. É que esta definição não tem o condão de abarcar toda e qualquer obrigação que se lhe ajuste. Como já decidiu essa Suprema Corte, em voto do Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, ao definir, após intensos debates, a natureza não tributária do PIS, ‘o fato de o Estado tomar das pessoas determinada soma em dinheiro, e de o fazer compulsivamente, por força de lei, não é bastante para conferir natureza tributária a tal fenômeno’ (RE n. 148.754/RJ, in RTJ 150/888)”. STF, RE nº 228.800-5, Relatório do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 374.

⁸¹ Cfr. STF, RE nº 228.800-5, Voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 16/11/2001.

⁸² Veja-se a ementa desse julgamento: “TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PARA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. 1. Este Tribunal consolidou entendimento de que é originária a receita pública decorrente de pagamento, pelo titular do direito de exploração de recursos minerais, da compensação financeira de que tratam as Leis 7.990/89 e 8.001/90, não se aplicando, por isso, regras constitucionais próprias do regime tributário, especialmente as atinentes à isenção, à não cumulatividade e ao regramento por lei complementar, como defendido pelo impetrante (AMS 96.01.55323-1/DF, AMS 96.01.03726-8/DF e AC 96.01.10417-8/DF e AC 95.01.22304-3/DF). 2. Ausência de fumus boni juris para o provimento da cautelar. 3. Apelação a que se nega provimento” (grifo nosso). 32319 MG 1999.38.00.032319-9, Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, Data de Publicação: 31/08/2007, DJ p.147.

⁸³ A seguir, transcreve-se também o teor da ementa do referido julgamento: “TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS - CFEM. LEI 7.990/89, ART. 6º. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A compensação financeira foi instituída pela Lei 7.990/89, dando cumprimento à disposição contida no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, fixando o percentual da compensação e sua base de cálculo. 2. Inexistência, na hipótese, de bitributação e de identidade com a base de cálculo do ICMS, IPI e contribuição sociais, uma vez que a CFEM foi criada pela própria Constituição. Precedentes deste Tribunal. 3. Apelação improvida” (grifo nosso). TRF 1ª Região, AMS nº 1999.01.00.014480-2, Rel. Juiz Federal Convocado Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, 2ª Turma, DJ de 06/11/2003.

financeira, impedindo-a, deste modo, de ser equiparada à frase “prestação pecuniária compulsória” do conceito legal dos tributos.

Já no segundo, para além do ressaltado acima, a mineradora alegou que o recolhimento da figura jurídica instituída pela Lei 7.990/89, e complementada pela Lei 8.001/90, provocaria uma *bitributação* em razão de ter o mesmo fato gerador e a mesma base de cálculo do ICMS, bem como de contribuições sociais – designadamente a COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) e o PIS (Programa de Integração Social). Essa alegação, contudo, também não prosperou perante o tribunal, que entendeu que não seria caso de bitributação, pois a cobrança da *compensação financeira* representaria cumprimento de um mandamento do próprio texto constitucional.

Como se observa, a jurisprudência consolidou posicionamento no sentido da constitucionalidade e do caráter não tributário das prestações decorrentes das Leis 7.990/89 e 8.001/90. Cumpre sublinhar, contudo, que o ponto controvertido das supracitadas lides dizia respeito tão-somente à natureza jurídica da CFEM exigida às empresas mineradoras, ou seja, aos *royalties da mineração*. Daí em diante, no entanto, o entendimento foi estendido a todas as verbas criadas sob o influxo do artigo 20, § 1º, da Constituição, entre as quais figuram, efetivamente, os *royalties* regulamentados pela Lei 9.478/97 e cobrados de empresas do setor de petróleo e gás natural.⁸⁴

Em termos globais, a natureza jurídica dos *royalties* também já foi discutida na seara judicial.⁸⁵ No Peru, por exemplo, alguns sustentavam a qualificação dos

⁸⁴ Como pode, exemplificativamente, ser observado neste julgado: “EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. INCLUSÃO DOS ROYALTIES E DO FUNDEF NO CÔMPUTO DO DUODÉCIMO A SER REPASSADO À CÂMARA MUNICIPAL. SENTENÇA MONOCRÁTICA QUE CONCEDE PARCIALMENTE A SEGURANÇA. DETERMINAÇÃO PARA INCLUIR OS ROYALTIES NO CÁLCULO DO REPASSE. IMPOSSIBILIDADE. VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO COM DESTINAÇÃO LEGALMENTE ESPECIFICADA. RECEITA NÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. I - A legislação federal vigente define os Royalties como indenizações devidas pela exploradora aos Estados, Territórios ou Município pela extração do óleo, xisto betuminoso e do gás, nas respectivas áreas onde se fizer a lavra do petróleo, especificando a destinação de tal recurso. II - Não se classificando os Royalties como receitas tributárias municipais, nem se enquadrando nas transferências dispostas no § 5º, do art. 153 e arts. 158 e 159 da Constituição Federal, não devem ser computados no valor do duodécimo a ser repassado ao Poder Legislativo Municipal pelo Poder Executivo, sob pena de violação ao art. 29-A, da Carta Política vigente. III - Conhecimento e provimento do recurso voluntário e da remessa oficial” (grifo nosso). TJ-RN - AC: 31030 RN 2001.003103-0, Relator: Des. Cristóvam Praxedes, Data de Julgamento: 05/09/2002, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/09/2002.

⁸⁵ HONDA, José Antonio. *Energy Law in Peru*. Great Britain: Kluwer Law International, 2010, p. 117: “It is relevant to briefly mention the legal nature of royalties. A debate on the nature of the mining royalty arose in Peru when it was created. On the one hand, some people thought that royalties were a sort of tax

royalties como tributo da espécie imposto, por não provocarem uma contraprestação estatal, ao passo que outros afirmavam que eles correspondiam a uma prestação devida ao Estado em função da extração de recursos naturais de sua titularidade. O Tribunal Constitucional peruano, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade movida contra a lei que disciplinou, naquele país, os *royalties* da mineração (STC 0048-2002-AI), rechaçou a aplicação da tese tributária, filiando-se ao segundo entendimento mencionado.

Dessa forma, a corrente da natureza jurídica de imposto da CFEM/*royalties*, com tantos precedentes jurisprudenciais contrários não a permitindo prevalecer, vem perdendo força e adeptos, ao menos no Brasil, embora encontre fundamentação em respeitados juristas do Direito Tributário nacional, assim como respaldo na doutrina internacional.

2. Natureza Jurídica de Taxa

Internacionalmente, na maioria dos sistemas normativos, os *royalties* decorrentes da indústria do petróleo figuram no âmbito de instrumentos tributários complexos e especiais. Nesse contexto, alguns autores os têm reconduzido ao regime jurídico dos tributos sinalagmáticos, especificamente, ao das taxas. Sendo assim, em vez de *Estado Fiscal*, o Estado Petrolífero seria remunerado aqui como *Estado Taxador*.

O professor português José Casalta Nabais, por exemplo, ao se pronunciar em seu “Direito Fiscal” sobre a problemática, discorda de Alberto Xavier e de outros juristas que atribuem aos *royalties* do petróleo a natureza jurídica de imposto, argumentando estarmos, aparentemente, diante de uma taxa, face ao caráter contraprestacional que permearia o seu pagamento. Tal caráter, ademais, seria reforçado, *in casu*, por envolver a exploração de um recurso natural não renovável.⁸⁶

due to the fact that royalties do not require a consideration by the State. On the other hand, there were people who asserted that royalties were a consideration to the State due to the extraction of natural resources. This matter was settled in favour of the second opinion when the Peruvian Constitutional Tribunal resolved the Unconstitutionality Lawsuit filed against the law that approved the mining royalties (STC 0048-2002-AI). The amount that must be paid as a royalty is calculated by applying a determined percentage to the natural gas or the liquid hydrocarbon being produced by the contractor”.

⁸⁶ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*, 5.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2009, pp.11 e 12, nota de rodapé 19: “Rejeitamos assim a concepção daqueles autores que continuam a contestar a natureza pecuniária dos impostos, vendo neles também prestações em espécie ou mesmo prestações de *facere* e de *non facere* (...). Pois, para além de as situações recenseadas nesse sentido serem muito excepcionais, casos há em que é discutível que se trate de verdadeiros impostos, como os *royalties*, impostos sobre a produção de petróleos e outros minérios traduzidos na entrega ao Estado duma percentagem da respectiva

Desse posicionamento, para os fins da presente dissertação, podemos extrair alguns pontos importantes, os quais merecem algumas notas explicativas e reflexivas, sobretudo para avaliar a (in)adequação de sua aplicação no direito positivo brasileiro, senão vejamos:

Primeiramente, há de se considerar que o mencionado professor defende, em sede jurídico-constitucional, a divisão dicotômica⁸⁷ – também conhecida como binária ou bipartida – dos tributos públicos. No seu entendimento, as figuras tributárias devem ser classificadas, independentemente da nomenclatura que possuem, como unilaterais ou bilaterais. Estas conduzem à denominação de taxa, ao passo que aquelas levam à denominação de imposto. Apesar disso, ressalta que o critério da *uni e bilateralidade* não é suficiente, para determinar o enquadramento de um tributo, sendo necessário também o teste da *proporcionalidade*. Conjugando os dois critérios, estaremos perante um imposto, quando ele apenas puder ser medido com base na capacidade contributiva do sujeito passivo da respectiva relação tributária. Já a taxa estará representada, quando a medida de sua prestação for proporcional à contraprestação específica recebida pelo contribuinte.⁸⁸

Nesse sentido, pode-se dizer que a lógica adotada por CASALTA NABAIS, ao falar em contraprestação, para afastar a natureza de imposto do *royalty*, caracterizando-o como uma taxa, assenta, sobretudo, no referido princípio da bilateralidade. Em regra, pela via do imposto, não há como retirar uma contrapartida individualizada em favor do sujeito passivo, sendo o contrário possível através da taxa, o que, na tese daquele professor, equipararia os *royalties* a esta espécie tributária.

Por outras palavras, aquele jurista baseia-se no caráter *concreto* do *royalty*, isto é, no fato do pagamento dessa prestação guardar relação com o recebimento, por parte da concessionária pagadora, de matérias-primas produzidas pela mesma, a partir de um bem do domínio econômico do Estado. Além disso, ao alertar que este bem é

extracção, já que nos parece estarmos aí perante taxas, não constituindo assim tais ‘impostos’ mais do que contrapartidas pagas pelos concessionários pela exploração do referido domínio público económico esgotável”.

⁸⁷ CASALTA NABAIS, dessa forma, se contrapõe à clássica divisão tripartite dos tributos, adotada inclusive pelo próprio direito positivo português. Tanto a Constituição como a LGT de Portugal fazem menção a três figuras tributárias, a saber: impostos, taxas e contribuições (especiais e financeiras). Por essa razão, Sérgio Vasques, em sentido contrário, sustenta que “a representação dicotômica dos tributos públicos, porém, não espelha cabalmente o sistema tributário complexo dos nossos dias nem corresponde às modernas exigências no controlo material dos tributos públicos. Mais do que isso, a representação dicotômica dos tributos públicos deixou de ter amparo na Constituição Portuguesa que, desde a revisão de 1997, autonomiza com clareza três categorias tributárias”. VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 240.

⁸⁸ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*, cit., pp. 20 e ss.

esgotável, também podemos supor que a taxa suscitada aqui teria uma natureza redistributiva, objetivando compensar a Comunidade pela perda de seu uso.

Em outra ocasião, mais precisamente em obra elaborada pelo Grupo de Pesquisa em Direito do Petróleo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, CASALTA NABAIS, de um lado, ratificou o supramencionado posicionamento, já que afastou novamente os *royalties* da categoria dos impostos, aproximando-os da categoria das taxas. Por outro lado, alertou ser completamente pertinente a discussão a respeito de sua real natureza jurídica, pois sublinha ainda ser *questionável* a introdução dos mesmos no rol das espécies tributárias⁸⁹, levantando a possibilidade de categorizá-los como *preços* – como havemos de ver melhor em tópico exclusivamente dedicado a esta figura não tributária.

Em sentido semelhante, é o entendimento da escola de Lisboa. Os professores J. L. Saldanha Sanches e João Tabor da Gama, ao analisarem o regime fiscal incidente sobre o setor petrolífero de Angola, sustentam que o *royalty*, nomeado pelo legislador angolano como *Imposto sobre a Produção de Petróleo* – artigos 12.º e ss., da Lei nº 13/2004 (“Tributação das Actividades Petrolíferas”) –, seria, na realidade, uma taxa disfarçada de imposto, devido a uma alegada comutatividade. Os aludidos autores entendem que a obrigação de pagamento de tal *royalty* decorreria da *utilização definitiva* de um bem constitucionalmente pertencente ao acervo patrimonial daquele Estado africano, o qual não revelaria a capacidade econômica das empresas petrolíferas, mas tão-somente um *benefício* – o que afastaria a configuração de um verdadeiro imposto. Apesar de ressaltarem a existência de fortes argumentos apontando para outras naturezas, afirmam que a questão se situaria *indiscutivelmente* nos domínios das receitas tributárias, descartando, diferentemente de CASALTA NABAIS, a hipótese de classificá-los como preços ou ainda como receitas privadas.⁹⁰

⁸⁹ “Devemos, todavia, acrescentar que continua a ser discutível a verdadeira natureza dos *royalties*, não sendo de todo descabido que, a serem considerados tributos, sejam vistos como realidades mais próximas da figura das taxas do que da figura dos impostos, sendo certo que, como já deixamos insinuado atrás, seja questionável até que eles integrem o próprio universo dos tributos. Um problema cuja solução não se revela fácil até pela variedade de *royalties* a que aludimos”. ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo (Coord.). *Direito do Petróleo*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2013, p. 264.

⁹⁰ SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Tabor da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*. cit., p. 437: “Encontramos figuras que têm uma estrutura marcadamente comutativa: o Imposto sobre a Produção de Petróleo, ao incidir sobre a quantidade de petróleo bruto e/ou gás natural medido a boca-do-poço, reserva ao Estado uma parcela dessa produção bruta, na maior parte dos casos um quinto, sem qualquer dedução de custos assinalável, que o Estado recebe em dinheiro (mesmo que o pagamento seja feito em espécie). (...) Tudo isto são argumentos que apontam para a sua natureza de taxa, em que a causa é uma utilização definitiva, i.e. um consumo irrepitível, de um bem que a Constituição integra no domínio público, não havendo qualquer elemento no seu regime (...) que aponte para a capacidade econômica do sujeito

As conclusões dos autores supramencionados – todos de origem portuguesa – sofrem expressa influência do conteúdo da Lei Geral Tributária (LGT – Decreto-Lei n.º 398/98 – 17/12/98) de Portugal.⁹¹ Essa Lei estabelece os pressupostos dos tributos no ordenamento jurídico português, preceituando em seu artigo 4.º, n.º 2, que uma taxa pode ser instituída em virtude da prestação concreta de um serviço público, *da utilização de um bem do domínio público* ou da remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.

A professora Suzana Tavares da Silva, tecendo suas considerações sobre o conteúdo do dispositivo acima referido, assinala que, na circunstância da instituição de uma taxa pela fruição de bem dominial, a respectiva contraprestação geralmente corresponde a uma *utilização especial*, a qual pode ser compreendida como um *aproveitamento* de tal bem pelo contribuinte.⁹²

Ao confrontar os entendimentos de CASALTA NABAIS, SALDANHA SANCHES e TABORDA DA GAMA, sobre o tema ora abordado, com as considerações de TAVARES DA SILVA, a respeito do texto normativo indicado, chegamos aos seguintes questionamentos:

É noção cediça que a cobrança de *royalties* em países de matriz romanista resulta da exploração de coisa pertencente ao patrimônio estatal. O seu pagamento, todavia, não acarreta apenas um aproveitamento especial do petróleo, mas a *transferência da titularidade*⁹³ desse bem dominial para a concessionária. Ora, se com a extração, e posterior pagamento, a propriedade desse recurso deixa de ser pública e passa a ser privada, será que, ainda assim, estaria configurado o fato tributário de taxas “utilizar bem do domínio público” previsto pelo sistema português?⁹⁴ Será que poderia ser feita uma interpretação extensiva no caso, estendendo o alcance dessa norma

passivo (apenas para o seu *benefício*, que é coisa diversa). A questão da qualificação não é, porém, líquida”.

⁹¹ SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Taborba da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*, cit., p. 35.

⁹² SILVA, Suzana Tavares da. *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 29 e 30. No mesmo sentido, Sérgio Vasques acrescenta que “é ao uso privativo do domínio público, aquele em que o aproveitamento do particular exclui ou limita o aproveitamento de outrem, que está geralmente associado o pagamento de taxas, e não tanto ao uso comum do domínio público, as mais das vezes gratuito”. VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*. cit., p. 205.

⁹³ Transferência esta que, dependendo do regime jurídico-regulatório adotado pelo Estado-hospedeiro, pode ser total (concessão) ou parcial (partilha de produção).

⁹⁴ Esse mesmo questionamento pode ser estendido à análise da natureza jurídica de imposto dos *royalties*, uma vez que não encontramos, nos ordenamentos tributários vigentes, um imposto em que o seu pagamento legitime ou esteja associada à mudança de titularidade de coisa de propriedade pública para o patrimônio dos privados.

jurídica àquele instituto?⁹⁵ Ou a produção econômica de recursos minerais, quer em Portugal, quer em Angola e em outros Estados Nacionais, não teria mesmo relação com o prisma da *utilização*, não comportando, conseqüentemente, a incidência do referido tributo comutativo?

2.1 Entendimentos doutrinários contrários

No Brasil, não há doutrina defendendo ter os *royalties* natureza jurídica de taxa, talvez pelo motivo desta figura tributária só poder ser exigida em conformidade com duas situações elencadas pelo artigo 145, inciso II, do Diploma Magno daquele país, quais sejam: *em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição*.⁹⁶

A primeira – conforme conceitua o artigo 78 do CTN⁹⁷ e de acordo com trecho de seu conteúdo que nos interessa diretamente para a presente discussão – ocorre,

⁹⁵ Apesar da discussão, vale ressaltar que Portugal não tem unidades de exploração petrolífera e, por conseguinte, arrecadação de *royalties*. Possui, entretanto, um regime jurídico para as possíveis atividades de prospecção, pesquisa e produção de petróleo, o qual foi estabelecido pelo Decreto-Lei nº 109/94, de 26 de Abril, em que se pode ler no artigo 51.º, intitulado “Imposto sobre produção de petróleo”, o seguinte: “1 - Sobre os valores de produção anual de petróleo líquido de cada campo petrolífero, é aplicável uma taxa progressiva, calculada em função dos seguintes escalões: a) Campos de petróleo localizados na área emersa do território nacional e nas águas interiores: i) As produções anuais até 300000 t ficam isentas; ii) À parte da produção anual situada entre as 300000 t e as 500000 t aplica-se uma taxa de 6%; iii) Para as produções anuais superiores a 500000 t, aplica-se uma taxa de 9% sobre o valor da parte da produção excedente; b) Campos de petróleo localizados na área imersa do território e na plataforma continental até à batimétrica dos 200 m: i) As produções anuais até 500000 t ficam isentas; ii) Para as produções anuais superiores a 500000 t, aplica-se uma taxa única de 10% sobre a parte da produção excedente àquele valor; c) Os campos de petróleo localizados na plataforma continental para além da batimétrica dos 200 m ficam isentos, qualquer que seja o valor da produção. 2 - Os valores de produção do petróleo líquido referem-se a petróleo desidratado, contendo menos de 1% de água e de sedimentos, medidos à boca do poço. 3 - O valor da produção tributável é calculado em função dos preços médios praticados no mercado livre para petróleo de qualidade comparável. 4 - A produção de gás natural e do condensado a ele associado não é tributável nos termos deste artigo” (grifos nossos). Assim, há a previsão de incidência de uma taxa progressiva nos valores de produção anual de petróleo líquido no país, possuindo estrutura que se aproxima em todos os aspectos com os típicos *royalties*.

⁹⁶ O legislador constitucional brasileiro ratificou, portanto, o preceito que já vinha contido no art. 77 do CTN, o qual determina que “as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”. A doutrina brasileira, por sua vez, define taxa como sendo “o tributo vinculado cujo núcleo da hipótese de incidência, ou antecedente normativo, é sempre uma atuação estatal, efetiva ou potencial, diretamente referida ao obrigado, atuação esta que se traduz em prestação de serviços ou no exercício do poder de polícia”. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 169.

⁹⁷ *Considera-se poder de polícia*, conforme conteúdo completo de tal artigo, a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos

quando a Administração Pública, através de seu poder discricionário, limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, bem como regula ato ou abstenção de fato, *em razão de interesse público concernente ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público*.

Como a exploração de petróleo e de outros recursos minerais constitui atividade econômica dependente de concessão ou autorização da União, Alberto Xavier aduz que ela certamente abrange o exercício do poder de polícia. Esse doutrinador alerta, porém, que, nessa circunstância, uma taxa só pode ser criada possuindo *natureza compensatória*⁹⁸, ou seja, visando a compensar as despesas obtidas pelos administradores públicos na prossecução de atos de polícia. Esse, segundo XAVIER, não seria o caso da CFEM – e, por via de consequência, do *royalty* ora tratado –, enquanto prestação patrimonial calculada em função dos resultados da empresa, desconsiderando, portanto, a hipótese de tê-la como uma taxa de polícia.⁹⁹

Quanto à segunda¹⁰⁰, a lei é bem clara, ao determinar que o serviço público¹⁰¹, para que seja considerado fundamento legítimo da estatuição de uma taxa, deve ser prestado (ou apenas oferecido) pelo ente federado, de maneira específica e divisível, ao contribuinte. Já analisando a situação sob esta ótica, XAVIER entende não

costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. O parágrafo único, por seu turno, complementa ser “regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”. Já no dizer do doutrinador Paulo de Barros Carvalho, poder de polícia “consiste na possibilidade de o Estado praticar atividades condicionantes da liberdade e da propriedade de seus administrados, em nome de interesses coletivos”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 701.

⁹⁸ A exemplo das taxas para o custeio dos serviços de polícia ambiental ou do serviço público de recuperação ambiental. Para mais informações sobre elas, vide DOMINGUES, José Marcos. “As taxas ambientais no direito brasileiro”. In: *RevCEDOUA*, nº 17, ano IX, vol. 1, 2006, pp. 9 a 34.

⁹⁹ XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 13.

¹⁰⁰ Celso Bandeira de Melo delimita serviço público como sendo “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”. MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 665.

¹⁰¹ A propósito dos serviços públicos que fundamentam a instituição de taxas, muito esclarecedoras são as seguintes explicações do art. 79 da Lei nº 5.172/66: “os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: I - utilizados pelo contribuinte: a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título; b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento; II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”.

haver a prestação de tal serviço, mas sim – de acordo com as palavras do mesmo – *a atribuição de um direito a utilizar bem do domínio público*.¹⁰²

Neste ponto, tendo em consideração o excerto transcrito acima, indagamos: se houvesse no Brasil, a exemplo do que ocorre no sistema tributário de Portugal, a previsão legal da modalidade *utilização de um bem do domínio público* como pressuposto de taxas, será que XAVIER, ao falar em *utilizar bem (...)*, reconduziria os *royalties* ao regime jurídico desses tributos, em vez de reconduzi-los ao regime jurídico dos impostos? De pronto, cabe afirmar que a resposta parece ser negativa, considerando que o mencionado autor também analisou os *royalties* sob a ótica do direito português, e, mesmo assim, ainda os classificou como verdadeiros impostos.¹⁰³

Ademais, no que concerne ainda ao universo das taxas, Roque Antônio Carraza ressalta que a concessão ou autorização federal para a pesquisa e lavra de recursos minerais não constituiriam o *fato jurígeno* da cobrança da CFEM, pois o papel de ambas se restringiria a determinar apenas o potencial contribuinte tributário. Dessa forma, elas não seriam a hipótese de incidência do pretendido tributo, o qual não derivaria, portanto, de uma atuação estatal, mas de uma ação do sujeito passivo: *explorar comercialmente os recursos minerais* – conforme termos empregados pelo autor.¹⁰⁴

À luz do pensamento de CARRAZA, poder-se-ia dizer, então, que os meios estatais pelos quais são atribuídos os direitos de explorar e produzir petróleo não teriam relação com o fato gerador dos *royalties*, cuja natureza tributária não poderia ser a de taxa, já que estariam adstritos a um comportamento do contribuinte, e não a uma atividade do Estado.

Por essas razões, a doutrina brasileira, em geral, sustenta ser completamente indefensável tratar-se de taxa, embora, no âmbito internacional, alguns autores, a exemplo de CASALTA NABAIS, tenham compreendido o *royalty* dessa forma.

¹⁰² XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 13.

¹⁰³ XAVIER, Alberto. *Manual de Direito Fiscal I*. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, p. 38: “o requisito da patrimonialidade não exige, porém, que as prestações sejam pecuniárias, isto é, se traduzam na entrega de determinada quantia em dinheiro. Muito embora seja esta a regra quanto aos tributos modernos, a verdade é que a nossa ordem jurídica ainda prevê impostos que podem ser pagos em gêneros ou que se encontram assimilados a prestações coactivas de serviços. Exemplo do primeiro caso é o imposto de produção (*royalty*) relativo à indústria extractiva de petróleos e minérios radioactivos e afins, que pode ser pago em género, caso as províncias ultramarinas ou a Junta de Energia Nuclear optem por esta forma de pagamento”.

¹⁰⁴ CARRAZA, Roque Antônio. “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”, cit., p. 104.

2.2 Posicionamento jurisprudencial

Durante a nossa investigação, não encontramos nenhuma jurisprudência que discutisse os *royalties*, ou até mesmo a CFEM, especificamente como uma taxa. Consoante visto no item 1.3 do presente capítulo, o entendimento predominante nos tribunais brasileiros nos diz que eles não constituiriam espécies de receitas derivadas, o que já excluiria, por conseguinte, a possibilidade de tê-los como tributos sinalagmáticos.

Há, porém, uma decisão judicial afirmando que a *taxa anual por hectare* (TAH) do setor mineiro – cobrada das empresas titulares de autorização de pesquisa mineral, pelo uso de regiões públicas para esse fim – não possuiria natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público. Isso nos interessa diretamente para o caso em tela, pois a TAH equivale ao *pagamento pela ocupação ou retenção da área*, espécie de participação governamental (*government take*) cobrada dos exploradores de petróleo, figurando, portanto, no mesmo quadro dos *royalties*. Ademais, muitos autores, no Brasil, sustentam que todas as participações governamentais – para além das aludidas acima, o bônus de assinatura e a participação especial – seriam integrantes de uma mesma classe jurídica, ao contrário do que ocorre fora daquele país, quando são tratadas pela doutrina de maneira diferenciada, isto é, algumas como taxas, outras como impostos, ou ainda como preços.

Portanto, cumpre expor, brevemente, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.586-4, protocolada no STF pela Confederação Nacional da Indústria, em face de alguns dispositivos do Decreto-lei nº 227/1967 (Código de Mineração), assim como da Portaria nº 503/1999 do Ministério das Minas e Energia. Em suma, a ação foi movida sob a alegação de que a TAH seria um tributo do tipo taxa de polícia, porque consubstanciaria uma contraprestação paga pelas mineradoras em razão de exercerem uma atividade não só dependente de autorização, mas também sujeita ao controle estatal, motivo pelo qual haveria a necessidade da correspondente relação jurídica decorrer de legislação. Sendo assim, sustentaram que o inciso II e os §§ 1º e 3º do artigo 20 do referido Código¹⁰⁵ (com redação dada pela nº Lei 9.314/1996), ao

¹⁰⁵ O artigo 20, inciso II e §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 227/67, com redação dada pela Lei nº 9.314/96, estabelece o seguinte: “Art. 20. A autorização de pesquisa importa nos seguintes pagamentos: (...) II - pelo titular de autorização de pesquisa, até a entrega do relatório final dos trabalhos ao DNPM, de taxa anual, por hectare, admitida a fixação em valores progressivos em função da substância mineral objetivada, extensão e localização da área e de outras condições, respeitado o valor máximo de duas vezes a expressão monetária UFIR, instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. § 1º. O Ministro de Estado de Minas e Energia, relativamente à taxa de que trata o inciso II do *caput* deste artigo,

remeterem para órgão do Poder Executivo a responsabilidade de fixar a alíquota monetária, a base de cálculo e a progressividade da taxa em questão, teriam violado o princípio da legalidade tributária, que não admitiria que esses elementos tributários fossem estabelecidos por ato normativo infralegal (Portaria 503/1999)¹⁰⁶, mas apenas por lei formal. Por essa razão, a CNI sustentou que os diplomas colocados em questão teriam pontos inconstitucionais.

Os Ministros da Suprema Corte, entretanto, não aceitaram os fundamentos da impetrante¹⁰⁷, acordando, por maioria dos votos, que a TAH, apesar de sua nomenclatura, não teria natureza jurídica de taxa, pois, diferentemente do alegado, não decorreria do poder de polícia, nem da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, conforme os termos do artigo 145, inciso II, da Constituição Federal. O fundamento desse entendimento partiu do fato de terem classificado a referida receita como preço público, por ser exigida das mineradoras, em razão da exploração de bens integrantes do patrimônio federal, não sendo inconstitucional, portanto, o *quantum* e os demais

estabelecerá, mediante portaria, os valores, os prazos de recolhimento e demais critérios e condições de pagamento. (...) § 3º. O não pagamento dos emolumentos e da taxa de que tratam, respectivamente, os incisos I e II do *caput* deste artigo, ensejará, nas condições que vierem a ser estabelecidas em portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia, a aplicação das seguintes sanções: I - tratando-se de emolumentos, indeferimento de plano e consequente arquivamento do requerimento de autorização de pesquisa; II - tratando-se de taxa: a) multa, no valor máximo previsto no art. 64; b) nulidade *ex officio* do alvará de autorização de pesquisa, após imposição de multa.”

¹⁰⁶ O Ministério das Minas e Energia, cumprindo as determinações do Código de Mineração, através da Portaria 503/1999, estipulou os valores da TAH de acordo com os termos a seguir: “Art. 1º. O valor da taxa anual por hectare estabelecida no art. 20, inciso II, Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração), com a redação dada pela Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996, fica estipulado em uma UFIR, vigente à data do pagamento. Art. 2º. Na vigência do prazo de prorrogação da autorização de pesquisa, de que trata o art. 22, inciso III, do Código de Mineração, o valor da taxa anual por hectare será de uma e meia UFIR, vigente à data do pagamento”.

¹⁰⁷ Com exceção do Ministro Ilmar Galvão, que proferiu voto no sentido de que a TAH teria realmente a natureza jurídica de taxa, mais precisamente, de polícia, conforme podemos observar nos trechos a seguir: “Não vou absolutamente entender que essa taxa é um preço pelo uso de um bem da União que talvez nem exista. Como se pode pagar algo inexistente? Fosse assim, para se fazer uma sondagem de um terreno para construir uma casa, teria que ser pago algo à União pela utilização do subsolo. Fico vencido. (...) Verifico que aqui não há serviço que deva ser remunerado por preço. Não há utilização de bem público porque (...) a pesquisa nem sequer se baseia na existência de minério. Então, não há bem público ainda em jogo. (...) Veja, o que diz o artigo 20 do Decreto-Lei 227/67: ‘autorização de pesquisa’, ou seja, alvará de pesquisa. A União está cobrando uma taxa pelo poder de polícia para dizer: autorizo nessa área ou não autorizo nessa outra; aqui não convém, é área de índio. É um poder de polícia. E é alvará porque lá embaixo está dito ‘nulidade *ex officio* do alvará de autorização’. Portanto, é alvará e decorre, sempre, do exercício do poder de polícia”. “Assim, chego à conclusão, sem ir muito longe, de que a lei e a Portaria são inconstitucionais, porque não se pode cobrar uma taxa cuja alíquota é fixada por um órgão do Poder Executivo. E, na verdade, nem tudo que está englobado nessa taxa é para pagamento de indenização ao poder público, ao particular etc. Esta taxa é de exercício de poder de polícia”.

elementos desse preço serem fixados por Portaria ministerial, contanto que respeitem os limites estabelecidos pelas normas vigentes.¹⁰⁸

Transpondo essa orientação jurisprudencial para o cenário das atividades petrolíferas, o *pagamento pela ocupação ou retenção da área*, sob a ótica do direito brasileiro, também teria a natureza jurídica de preço público, e não de taxa, já que, da mesma forma que a TAH, também é cobrada no contexto da *exploração, pelo particular, de um bem da União*, como restou consignado na ementa do acórdão acima abordado.¹⁰⁹ Já para CASALTA NABAIS¹¹⁰, assim como para SALDANHA SANCHES e TABORDA DA GAMA¹¹¹, essa participação governamental, conhecida em Portugal e em Angola como *taxa de superfície*, teria a natureza jurídica de uma verdadeira taxa, face à previsão daquela modalidade “utilização de um bem do domínio público”, que fizemos referência nos itens supra, como pressuposto da instituição dessa figura tributária.

Voltaremos a essa discussão no decorrer do próximo capítulo, principalmente no item 3.2.

¹⁰⁸ De acordo com o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie no referido julgamento, a receita da TAH “tem natureza jurídica de preço público. O regime de cobrança é, portanto, o do direito privado, imperando a autonomia da vontade. Pesquisa-se, ou não, voluntariamente, e, por isso, não vejo violado o princípio da legalidade para o estabelecimento desse preço. É delegada ao Ministro das Minas e Energia a fixação do valor desse preço público dentro dos parâmetros fixados em lei”.

¹⁰⁹ “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO: TAXA: CONCEITO. CÓDIGO DE MINERAÇÃO. Lei 9.314, de 14.11.96: REMUNERAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS: PREÇO PÚBLICO. I. - As taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultantes da utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (C.F., art. 145, II). O poder de polícia está conceituado no art. 78, CTN. II. - Lei 9.314, de 14.11.96, art. 20, II e § 1º, inciso II do § 3º: não se tem, no caso, taxa, no seu exato sentido jurídico, mas preço público decorrente da exploração, pelo particular, de um bem da União (C.F., art. 20, IX, art. 175 e §§). III. - ADIn julgada improcedente” (grifo nosso).

¹¹⁰ Em sua participação na obra *Direito do Petróleo* de Coimbra, CASALTA NABAIS sustentou que “Outra forma de tributar as actividades petrolíferas traduz-se no lançamento de *taxas* ou *rendas de superfície*, que não são mais do que compensações pecuniárias pela exploração do subsolo, afigurando-se, nessa medida, como verdadeiras taxas.” ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo (coord.), *Direito do Petróleo*, cit., p. 262.

¹¹¹ Sobre esse instrumento e sob a ótica do ordenamento angolano, veja-se o entendimento dos referidos autores: “Também tem uma estrutura comutativa, por exemplo, a Taxa de Superfície: estamos perante uma taxa clássica (chamada contribuição especial pelo artigo 103.º da Constituição) pela utilização de um bem de domínio público, ou seja, um pagamento previsto por lei, devido pela ocupação de um recurso que pertence exclusivamente ao Estado.”. SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Taborba da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*, cit., p. 438.

CAPÍTULO II

NATUREZA JURÍDICA NÃO TRIBUTÁRIA

Não obstante os pontos controvertidos que vimos até chegar ao presente capítulo, a doutrina majoritária do Brasil defende a natureza jurídica não tributária dos *royalties* do petróleo. As controvérsias persistem, todavia, na identificação da condição desses institutos no direito positivo brasileiro. Por um lado, há quem invoque, sobretudo, os preceitos de Direito Ambiental e defenda uma teoria indenizatória, enquanto, de outro, há quem afirme estarmos perante simplesmente receitas patrimoniais. Já por uma terceira ótica, também defendida na seara internacional, teríamos genuínos preços públicos. O debate não acaba por aqui, pois muitos doutrinadores sofrem influências de várias correntes e acabam por conjugar duas ou até três naturezas em uma só vertente.

Além das três categorias básicas de caráter não tributário e das ramificações supramencionadas, especial ênfase será dada em algumas questões paralelas, porém importantes para elucidarmos a problemática principal, como, por exemplo, as divergências no campo doutrinal à respeito da configuração dos *royalties* no momento de sua arrecadação e no momento de sua distribuição interna, se se apresentariam da mesma forma ou com naturezas díspares.

O atual debate brasileiro em torno da repartição das receitas públicas petrolíferas – iniciado após a descoberta da promissora camada pré-sal –, colocando Estados e Municípios produtores contra Estados e Municípios não produtores de petróleo, também será visitado neste capítulo, uma vez que toda a discussão federativa tem por alicerce a essência, a especialidade e a função do instrumento remuneratório ora tratado.

Assim, de ora em diante, a exposição procurará respostas para estas indagações cruciais: os *royalties* do petróleo pertencem ao universo das rendas econômicas obtidas como indenizações (de cunho ambiental, social e/ou econômica), denominadas *receitas derivadas*? Ou pertencem ao quadro das que decorrem da atividade financeira patrimonial (ou empresarial) do Estado, ditas *receitas originárias*?

1. Natureza Jurídica Indenizatória (Ambiental)

De acordo com a tese que confere natureza jurídica indenizatória aos *royalties*, estes seriam devidos pelas concessionárias das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo como uma espécie de indenização pela retirada de recursos naturais não renováveis do domínio estatal. Tal indenização também se verificaria em razão de danos ambientais e despesas governamentais decorrentes da própria indústria petrolífera, como derramamento de óleo, assistência às populações envolvidas, construção de infraestruturas e bens, além da prestação extraordinária de serviços básicos de educação e saúde, entre outros.¹¹²

Teríamos aqui, portanto, duas situações caracterizadoras de ressarcimento, as quais fariam emergir o perfil ambiental do Estado de Direito. A primeira seria traduzida por uma perda de cunho patrimonial, e a segunda, por perdas ambientais, sociais e econômicas. Em ambos os casos, o Poder Público entraria em ação exigindo dos exploradores de seu “ouro negro” uma compensação em pecúnia, objetivando atenuar os custos e prejuízos supramencionados.

Além disso, há quem suscite que os *royalties* não se restringiriam a contrabalancear consequências danosas causadas pelo setor de petróleo e gás à comunidade atual, ao meio ambiente e às finanças públicas, uma vez que figurariam, igualmente, como um instrumento de promoção de *justiça intergeracional*. Assim, no âmbito desta natureza, também consubstanciaríamos valores cobrados pelo Estado de Direito Ambiental como maneira de expressar seu comprometimento solidário para com as gerações vindouras, à medida que estas seriam privadas de tirar proveito de recursos geológicos – sob os quais exerceriam a titularidade conjuntamente com as gerações

¹¹² Nesse contexto, é digna de nota a explanação do professor Kiyoshi Harada: “não há como negar que a exploração de recursos naturais, que se caracteriza como atividade de grande porte, obriga os poderes públicos a efetuar investimentos maciços na formação de completa infraestrutura material e pessoal, capaz de suportar as movimentações de bens e de pessoas dela decorrentes. Além disso, notadamente o poder público local é obrigado a manter um programa ou um serviço de assistência à população direta ou indiretamente envolvida na atividade econômica da espécie. É fato incontestável que toda atividade econômica de grande porte atrai populações mais carentes, resultando na formação de cinturões de pobreza em torno dos centros urbanos, que se constituem em causas permanentes de inúmeros problemas. Em casos de acidentes, decorrentes dessas atividades, torna-se imperiosa a imediata mobilização de recursos materiais e humanos pelos poderes públicos. E o poder público local é sempre aquele que se encontra na linha de frente para prestar os primeiros socorros à população atingida. Daí o caráter contraprestacional desse tipo de ingresso de dinheiro, denominado de compensação financeira”. HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, cit., p. 55.

presentes – no futuro. Desse modo, alcançar-se-ia um almejado grau de equilíbrio em um sistema econômico dependente do consumo de substâncias fósseis exauríveis.¹¹³

A professora Regina Helena Costa, ao discorrer sobre a natureza jurídica da CFEM, defendeu o seu caráter indenizatório, tornando-se uma das precursoras dessa corrente no Brasil. Para a referida autora, apesar da propriedade dos recursos minerais pertencer à União, a Constituição Federal teria presumido um encargo maior a ser suportado pelo ente político que possuir o território explorado, merecendo, portanto, ser indenizado. Daí a razão, seguindo as orientações da referida autora, de o legislador ordinário ter destinado parte significativa da arrecadação dessas receitas aos Estados e Municípios envolvidos diretamente na produção do petróleo, para amenizarem os impactos sociais, econômicos e, sobretudo, ambientais sofridos em função das atividades exploratórias nos respectivos domínios.¹¹⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, sustenta que o texto constitucional consignado no parágrafo 1º do artigo 20, ao distinguir a *participação no resultado* da *compensação financeira*, teria evidenciado que esta última estaria relacionada a uma noção de *prejuízo* resultante da exploração de recursos naturais em determinada unidade da Federação, enquanto a primeira conduziria a uma ideia de *benefício*.¹¹⁵

Já Daniel Braga Frederico também se filia a corrente ora analisada, porém entendendo haver no caso uma espécie de *dano em ricochete*, delimitando este como sendo aquela lesão “que decorre de fato ou ato que, em que pese não aviltar diretamente

¹¹³ Veja-se LEAL, José Agostinho; SERRA, Rodrigo. “Uma investigação sobre os critérios de repartição dos *royalties* petrolíferos”. In: PIQUET, Rosélia (org.). *Petróleo, Royalties e Região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003, p. 163. “Alternativamente, os *royalties* distribuídos aos estados e municípios têm como função equacionar um problema de justiça intergeracional, ou seja, compensá-los de uma trajetória econômica baseada em um “recurso não-renovável”, por isso a necessidade de atrelar sua aplicação a investimentos pro-diversificação produtiva”.

¹¹⁴ COSTA, Regina Helena. “A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 13, 1996, p. 128: A aludida autora justifica-se da seguinte forma: “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”.

¹¹⁵ O aludido autor ainda acrescenta o seguinte: “Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado, ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a uma participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integram o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição do prejuízo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 154; No mesmo sentido, entre muitos, GOMES, Simone Maiato. “Os Royalties do Petróleo – Indenização – Hipótese de Inconstitucionalidade dos Critérios de Pagamento e Aplicação”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 59, 2005, p. 225.

o patrimônio de alguém, provoca desdobramentos capazes de fazê-lo”. Na lógica desse autor, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando na condição de produtores, seriam obrigados a desembolsar grandes quantias, para atender as necessidades do ramo de petróleo e gás nos seus territórios, o que implicaria em danos indiretos aos correspondentes patrimônios. Em virtude disso, o legislador constitucional teria assegurado o ressarcimento de tais entes políticos pela via da *compensação financeira* do primeiro parágrafo do artigo 20. As *participações governamentais*, então, seriam devidas como contraprestações às lesões e aos problemas provenientes do incremento do mercado petrolífero em regiões produtoras, tanto na esfera federal quanto estadual e municipal.¹¹⁶

BRAGA FREDERICO, diferentemente de outros, sublinha ainda não estarmos perante uma natureza indenizatória de índole cível, a qual pressuporia um dano efetivo, tendo em consideração que o dever de pagamento das contribuições financeiras em tela nasceria independentemente da ocorrência de prejuízos. Ao compreender indenização, de modo genérico, como a *recomposição do patrimônio desfalcado*, conclui ser possível enquadrar o bônus de assinatura, o pagamento pela ocupação ou retenção da área, os *royalties* e a participação especial nesse conceito.¹¹⁷

Não é só a doutrina brasileira que identifica a natureza jurídica dos *royalties* como indenizatória. No âmbito internacional, conforme realçado por Radford Schantz Jr., uma das justificativas lançadas para a cobrança dessas prestações pecuniárias seria a necessidade de sua aplicação em prol da minimização de impactos ambientais.¹¹⁸ Segundo o autor, mesmo na existência de mecanismos governamentais eficazes de controle da poluição gerada pelas atividades minerárias, os valores angariados a título

¹¹⁶ FREDERICO, Daniel Braga. “Alguns apontamentos acerca da natureza jurídica das participações governamentais do petróleo e do gás e seus reflexos práticos”. In: *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia* / Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. – N. 1 (Mar./2006), p. 200.

¹¹⁷ FREDERICO, Daniel Braga. “Alguns apontamentos acerca da natureza jurídica das participações governamentais do petróleo e do gás e seus reflexos práticos”, cit., p. 203. No mesmo sentido, vide SEABRA, Alessandra Aloise de; GONÇALVES, Alcindo; POLETTE, Marcus; CASILLAS, T. Ángel DelValls. “Vinculação de royalties – um pressuposto essencial de sustentabilidade para a zona costeira brasileira”. In: *Petróleo, gás e meio ambiente* / [recurso eletrônico] 2012 / Alcindo Gonçalves, Maria Luiza Machado Granziera (Organizadores). -- Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2012, pp. 178 a 180.

¹¹⁸ “Another justification sometimes offered for a royalty is that it compensates for environmental impacts. While site-specific arrangements made for mining permits resolve the more acute conflicts, royalties address the residual impacts. (...) If directs controls exercised by the government were made more stronger, the need for the royalty to account for residual pollution would move inversely. A royalty in this case is a value of remaining environmental impacts”. SCHANTZ Jr., Radford. “Purpose and Effects of a Royalty on a Public Land Minerals”. In: *Resources Policy*, Butterworth-Heinemann, v. 20, n. 1, 1994, p. 36.

de *royalty* seriam endereçados para tratar da degradação ambiental remanescente (*impactos residuais*).

Retornando ao cenário brasileiro, a tese indenizatória motiva os discursos¹¹⁹ e pleitos das principais entidades produtoras de petróleo do país, direcionados ao recebimento de quantias maiores de *royalties*, como veremos detalhadamente no item 1.3 do presente Capítulo. Por ora, cumpre acrescentar que Luiz Roberto Barroso, em consultoria prestada ao Estado do Rio de Janeiro, afirma que a interpretação jurídica dos *royalties* partiria do conceito de compensação, quer pela utilização do território explorado, quer pelos efeitos negativos derivados das operações petrolíferas.¹²⁰ Já Celio Borja, em parecer encomendado pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan), ressalta que os termos espaciais e geográficos utilizados pelo legislador, tanto no plano constitucional quanto no ordinário, revelariam a natureza jurídica indenizatória dos *royalties* em prol, exclusivamente, dos Estados e Municípios produtores ou confrontantes com poços em exploração na plataforma continental.¹²¹

Em sede de legislação, para além da magna expressão *compensação financeira*, cujo sentido literal pode influenciar a adesão à presente corrente, vale recordar que a antiga Lei do Petróleo (Lei n.º 2.004/53) previa, na redação original de

¹¹⁹ Em dezembro de 2011, no auge da discussão política sobre as propostas de redistribuição dos *royalties*, o discurso regionalista indenizatório dos Estados produtores de petróleo ganhou força com o acidente ocorrido no campo do Frade, litoral do Rio de Janeiro, envolvendo a petrolífera norte-americana *Chevron* no vazamento de milhares de barris de óleo na bacia de Campos.

¹²⁰ BARROSO, L.R. *Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do petróleo*. Consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

¹²¹ Segundo Célio Borja, “o artigo 20, parágrafo 1º, da Constituição, localiza a exploração do petróleo e do gás natural ‘no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva’. Não se cuida de mera justaposição de áreas, mas de projeção geográfica e geoeconômica da superfície do território estadual em qualquer sítio ou profundidade do solo e subsolo marinhos, e que com ele estejam em relação de contiguidade, ou, nas palavras do artigo 20, do Decreto n. 1, de 11 de janeiro de 1991, ‘como confrontantes com poços produtores (os Estados e Municípios) contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha da plataforma continental, onde estiverem situados os poços (art. 20, caput)’. A confrontação é que qualifica Estados e Municípios como produtores, uma vez que, na sua área geoeconômica, se localizem três ou mais instalações industriais de processamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural e de apoio à produção e escoamento desses produtos – portos, aeroportos, oficinas de manutenção e fabricação, almoxarifados, armazéns e escritórios; oleodutos e gasodutos. Os municípios contíguos a esses e os que sofrem as consequências sociais e econômicas da produção ou exploração do petróleo e do gás natural constitucional, na área geoeconômica, zona limítrofe à de produção (decreto n. 1, cit., art. 20, § 2º). Essas regras explicam a participação e a compensação financeira a que alude o parágrafo 1º, do artigo 20 da Constituição, concedida a Estados e Municípios que se vinculam ao processo produtivo como associados do empreendimento levado a cabo em áreas por eles jurisdicionadas e pela União (superfície terrestre, ou solo e subsolo marinhos)”. BORJA, Célio. *Parecer apresentado à Firjan acerca da distribuição federativa dos royalties do petróleo*. Rio de Janeiro, 2011.

seu artigo 27¹²², que a Petrobrás e suas subsidiárias seriam obrigadas a pagar *indenização* aos Estados e Territórios onde realizassem atividades exploratórias, correspondente a 5% do valor do óleo, do xisto ou do gás extraído. No que concerne às normas em vigor, o artigo 8º da Lei nº 7.990/89 utiliza, concomitantemente, as expressões *compensações financeiras* e *indenização*, para designar as importâncias devidas em decorrência do aproveitamento econômico de recursos minerais e de hidrocarbonetos.¹²³

A princípio, relacionando as diretrizes de um *Estado Constitucional Ecológico*, a exemplo das descritas por José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁴, com os riscos inerentes ao setor de petróleo e gás, pode-se dizer que a interpretação dada ao primeiro parágrafo, do artigo 20, da Carta de 1988, pelos doutrinadores que entendem que o instituto jurídico em apreço reveste a natureza de uma obrigação de indenizar, exsurge-se sob a ótica do desenvolvimento sustentável, mais especificamente através de seu tripé econômico, social e ambiental. Por outro lado, é perceptível um apego às terminologias *compensação financeira* e *indenização*, utilizadas respectivamente pela Constituição e legislação federal, as quais fariam supor um dano ou prejuízo a ser compensado/indenizado na entidade federal em cujo território se der a lavra das jazidas petrolíferas.

Posteriormente, todavia, indagamo-nos: tendo em vista a importância estratégica do petróleo para o desenvolvimento socioeconômico dos Estados Nacionais industrializados – principalmente diante da atual conjuntura mundial relativamente à

¹²² Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás. (grifo nosso).

¹²³ Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal (grifo nosso).

¹²⁴ De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, o conceito de Estado Constitucional Ecológico ou Estado de Direito Ambiental “pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente”, assumindo o “dever de acompanhar todo o processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental”. Este modelo de Estado deve ser disciplinado por princípios ecológicos, assim como deve incentivar a promoção de novos instrumentos democráticos de participação política (*democracia sustentada*), voltados à garantia dos direitos das gerações futuras, mediante políticas públicas de educação e preservação ambiental e de instauração do desenvolvimento sustentável. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”. In: *RevCEDOUA*, nº 8, ano IV, vol. 2, 2001, p. 12; *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 43.

crescente demanda por fontes energéticas primárias –¹²⁵, a remuneração estatal advinda diretamente da produção (responsável) desse combustível fóssil estaria mesmo lastreada pela teoria do dano? Em outras palavras, como os resultados econômicos obtidos pelo Estado mediante atividades exploratórias almejadas e ordenadas poderiam apresentar juridicamente natureza indenizatória? Independentemente desses aspectos, o fato da cobrança de *royalties* estar associada à extração de recursos naturais, não renováveis e finitos, seria suficiente, para defini-los como verdadeiras indenizações em um Estado que se diz de Direito Ambiental e respeita as prerrogativas das gerações futuras? Quanto à utilização normativa dos vocábulos *compensação financeira* e *indenização*, isso confirmaria a natureza compensatória/indenizatória dos *royalties*, ou essas terminologias seriam irrelevantes, para definir a essência dessa figura?

Não já teríamos no direito posto institutos específicos, tanto preventivos quanto reparatórios, para avaliar o grau de impacto e os possíveis danos ambientais e ecológicos que possam sobrevir de projetos petrolíferos, bem como para responsabilizar os atores econômicos de tais projetos pela degradação que, ainda assim, venha a ocorrer no desenvolvimento de suas atividades? De outro lado, os *royalties* realmente apresentariam caráter indenizatório, uma vez que as receitas arrecadadas sob esta rubrica seriam essenciais *a priori* - como declaram as entidades produtoras -, isto é, para evitar a ocorrência de problemas ou resolvê-los imediatamente após o correspondente evento danoso (v.g., ter uma reserva de caixa para impedir ou estancar um vazamento de petróleo no oceano)?

1.1 Intercessão da teoria indenizatória nas demais correntes

A teoria do dano não só possui uma corrente doutrinária própria, como também fundamenta conclusões de autores que se filiam a outras correntes. Pode-se afirmar, inclusive, que essa interligação ocorre de forma majoritária no Brasil, haja vista ser possível observar inúmeros posicionamentos que são norteados pelo viés indenizatório, embora não cheguem, direta ou exclusivamente, a autonomizá-lo.

¹²⁵ Pesquisas formuladas por instâncias internacionais demonstram que o petróleo, seguido do carvão, ainda figura como a principal fonte no atual *mix* mundial de energia primária, além de projetarem a permanência deste quadro nas próximas décadas. Verifica-se, portanto, a importância estratégica desse recurso geológico – objeto da figura remuneratória em presença –, quer para o equilíbrio econômico dos Estados industriais, quer para a sua própria soberania energética. Veja-se, por exemplo, IEA, World Energy Outlook, 2012 ed.

Os professores Alberto Xavier e Roque Antônio Carraza, conforme já vimos no presente estudo, são defensores da natureza jurídica de imposto da CFEM. O primeiro constrói seu entendimento a partir da teoria da vantagem, enquanto o segundo parte, sobretudo, da teoria indenizatória. Para CARRAZA, o ressarcimento pelos danos causados ao patrimônio público pelas atividades exploratórias de recursos minerais, somado aos lucros daí advindos, constituiria o vetor da imposição aos particulares do pagamento da *participação no resultado* ou da *compensação financeira*¹²⁶, previstas pela Constituição Federal. Tal ressarcimento ocorreria através de tributo, porque a União teria optado instituir, por meio de lei, a segunda hipótese, cujo regime jurídico obedeceria ao sistema tributário, pelos motivos verificados no tópico 2.1.1. Dessa forma, adotando a compreensão de CARRAZA, o *royalty* corresponderia a uma espécie de imposto indenizatório/ambiental, o qual funcionaria como meio de obtenção de receitas com o propósito de ressarcir a Comunidade pelos detrimientos causados, pelos exploradores, no decorrer da lavra dos minérios ou hidrocarbonetos.

Já Kiyoshi Harada, em uma primeira perspectiva, associada ao critério da *fonte*, entende que os *royalties* angariados pela União teriam natureza jurídica patrimonial¹²⁷, por serem receitas decorrentes da exploração de um recurso dessa entidade. A interseção de suas ideias com a vertente indenizatória, entretanto, pode ser constatada no critério do *destino*, quando o autor entende que os *royalties* distribuídos aos entes subnacionais produtores ou afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural possuiriam natureza jurídica indenizatória, em virtude de distinções e privilégios estipulados a estes entes pela matriz constitucional e pela legislação federal das figuras em causa.¹²⁸

¹²⁶ “Logo, resulta insofismável que quem deve responder pela ‘compensação financeira’ em tela é justamente quem explora os recursos minerais. Afinal, é ele que vai lucrar com esta atividade. Por outro lado, é ele, que, realizando a exploração de recursos minerais, trará um ‘especial detrimento’ ao patrimônio público. Natural, pois, ressarça a Comunidade (representada pelos Estados, Municípios, Distrito Federal) pelo dano que, no exercício de suas atividades exploratórias, lhe causar. Assentada esta premissa, resta ver como este ressarcimento se dará. Pensamos que o ressarcimento em pauta poderá vir previsto no próprio ato de concessão ou autorização (I) ou ser implementado por meio de tributo específico (II). I – Na primeira hipótese, o assunto será resolvido em termos estritamente contratuais, desde que se assegure, a quem explora os recursos minerais, o ‘equilíbrio econômico-financeiro’ de suas atividades (...) II – Já, na segunda hipótese, a questão passará ao largo da vontade das partes envolvidas, devendo ser equacionada por meio de lei, obedecido o regime jurídico tributário. Noutras palavras, a lei obrigará a pessoa ou a empresa que explora, mediante autorização ou concessão, os recursos minerais, a pagar esta compensação financeira, mas por meio de tributo.”. CARRAZZA, Roque Antônio. “Natureza jurídica da ‘compensação financeira’ pela exploração de recursos minerais”: sua manifesta inconstitucionalidade”, cit., p. 91.

¹²⁷ Detalhada no item 2, do presente Capítulo.

¹²⁸ “Qual a natureza jurídica dos royalties pagos aos Estados e Municípios que não são titulares de recursos naturais? Do exame do texto do § 1º, do art. 20 da CF, bem como do critério adotado pela lei

A professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, em seu renomado “Direito do Petróleo – As *Joint Ventures* na Indústria do Petróleo”, compartilha do entendimento segundo o qual as *participações governamentais* devidas pelas companhias petrolíferas constituem receitas públicas originárias.¹²⁹ Posteriormente, em entrevistas veiculadas pela mídia brasileira, à época do início das discussões políticas em torno das propostas de alteração das regras de distribuição dos *royalties* no país, aquela professora passou a inserir a temática indenizatória tripartite – ambiental, social e econômica – em seu discurso, na mesma linha da ressaltada no item anterior.¹³⁰

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, assevera que as *compensações financeiras* seriam simultaneamente *preços públicos*¹³¹ cobrados pelos entes federativos que possuem os recursos naturais dos respectivos territórios explorados e indenizações em sentido lato – destacando os problemas econômicos e sociais causados pelo desenvolvimento das atividades petrolíferas no Estado do Rio de Janeiro. Verifica-se, portanto, mais uma interseção da teoria do dano em outra corrente, desta vez, na da natureza jurídica de preço público.¹³²

para distribuição desses royalties, conferindo privilégio geral aos Estados e Municípios produtores e privilégio qualificado em relação aos Municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, é possível vislumbrar a natureza indenizatória desses royalties. Dessa forma, o ingresso de recursos financeiros aos cofres dos Estados e Municípios a título de compensação financeira, por exclusão, corresponde à categoria de receita corrente, classificando-se como “outras receitas correntes” (art. 11, § 4º da Lei nº 4.320/64). É preciso atentar que não pode existir receita pública sem classificação na Lei nº 4.320/64, sob pena de impossibilitar a fiscalização e o controle de execução orçamentária”. HARADA, Kiyoshi. *Royalties do pré-sal*, cit.

¹²⁹ “Como as jazidas de petróleo são bens públicos da União e as participações governamentais decorrem de sua exploração, é entendimento corrente de que representam forma originária de receita pública, o que afasta sua classificação como tributos”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*, cit., p. 380.

¹³⁰ “Professora de direito internacional e direito do petróleo da Uerj, a advogada Marilda Rosado diz que, além de a emenda ser inconstitucional, mudar as regras do jogo em relação a contratos em vigor só traz insegurança jurídica. - *A emenda fere o primeiro parágrafo do artigo 20 da Constituição Federal, que prevê os royalties como compensação financeira para os estados e municípios produtores. A compensação é justificável por causa da degradação ambiental, desordem urbana e a necessidade de fazer obras de apoio, como as de infraestrutura, nesses estados e municípios. Se formos incluir tudo, ainda tem a demanda por serviços públicos* - explica a professora da Uerj. - *A emenda também afeta a segurança jurídica e, de forma indireta, o “risco-país”.* Um congresso que muda uma regra consolidada para estados e municípios, o que não pode fazer em relação a decisões que afetem os investidores?”. “Rio unido pelos royalties”. Disponível em: <http://dilmanarede.com.br/sergiocabral/noticias/rio-unido-pelos-royalties>. Acesso em: 20/07/2013.

¹³¹ Natureza que será abordada no item 2 do presente Capítulo.

¹³² “Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc., matéria ainda não regulamentada. Ou podem receber compensações financeiras, que têm a natureza de preços públicos pela utilização de recursos naturais situados em seus territórios, justificando-se como contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior

Por fim, cumpre mencionar que até a Presidência da República Federativa do Brasil realiza a interligação ora comentada. A Presidenta Dilma Rousseff¹³³, ao analisar o projeto final de lei que tratava da redistribuição dos valores financeiros oriundos da produção petrolífera nacional, vetou¹³⁴ o mesmo com adoção expressa à tese da natureza jurídica indenizatória, alegando que os *royalties* seriam incorporados às receitas originárias dos Estados e Municípios produtores e confrontantes a título de compensação financeira, face às atividades de exploração de petróleo em tais entes.

A nosso ver, a grande questão que se coloca aqui é saber se a natureza indenizatória pode mesmo ser conjugada com a natureza de receita originária patrimonial e, por tabela, com a de preço público. À luz da doutrina financista, as indenizações, assim como as multas pecuniárias, fazem parte do universo das receitas públicas derivadas, e não originárias.¹³⁵ Então, partindo desse pressuposto doutrinal, não haveria “choque” considerar o *royalty* um imposto com viés indenizatório – tal como faz CARRAZA –, já que os tributos também constituem espécies de receitas derivadas? O mesmo, entretanto, também poderia ser dito para as demais interligações? Não seria contraditório afirmar que o *royalty* possui, ao mesmo tempo, natureza patrimonial (ou de preço público) e indenizatória, já que esta, como ressaltado, decorre da categoria das receitas derivadas e aquela das receitas originárias? Em conformidade com o declarado pela Presidenta Dilma, as indenizações, no caso em comento, incorporar-se-iam às receitas originárias?

produtor de petróleo no Brasil”. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 191.

¹³³ “Os royalties fixados na legislação em vigor constituem uma compensação financeira dada aos Estados e Municípios produtores e confrontantes em razão da exploração do petróleo em seu território. Devido a sua natureza indenizatória, os royalties incorporam-se às receitas originárias destes mesmos entes, inclusive para efeitos de disponibilidade futura. Trata-se, portanto, de uma receita certa, que, em vários casos, foi objeto de securitização ou operações de antecipação de recebíveis. A alteração desta realidade jurídica afronta o disposto no inciso XXXVI do art. 5. e o princípio do equilíbrio orçamentário previsto no art. 167, ambos da Constituição Federal (...)”. Presidenta da República, DOU 30 nov. 2012 – edição exta, Mensagem n. 522/2012.

¹³⁴ Este veto foi posteriormente derrubado no Congresso Nacional – principalmente porque as bancadas parlamentares dos Estados produtores são minorias –, resultando na promulgação da Lei nº 12.734/2012, que estabelece, portanto, uma nova sistemática para distribuição dos *royalties* do petróleo, embora os seus efeitos estejam atualmente suspensos, conforme veremos no item 1.3.

¹³⁵ Veja-se BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. Rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

1.2 Entendimentos doutrinários contrários

Para alguns autores que claramente não aceitam a tese ora em discussão, houve aqui uma análise pré-jurídica, de cunho político ou sociológico, a qual contribuiu para uma interpretação distorcida da expressão *compensação financeira*, prevista pelo tão já citado parágrafo 1º. Embora, na língua portuguesa, o referido binômio possa ser empregado como sinônimo de *indenização*¹³⁶, no texto constitucional, ele não estaria vinculado à noção de dano sofrido por determinado ente público pela perda de recursos finitos, mas apenas a uma prestação patrimonial alternativa à *participação no resultado* da exploração dos mesmos. Dessa forma, como o legislador ordinário preferiu adotar o regime de *compensação financeira*, esta seria pela renúncia ao regime de *participação no resultado*, e não compensação por qualquer prejuízo que seja.

De outra forma, há quem defenda que os *royalties* não corresponderiam a uma indenização devida quer por concessionários à União, quer pela União aos Estados e Municípios, pelo simples fato de não pertencerem à categoria *compensação financeira*. À medida que são concebidos como uma forma dos entes políticos se beneficiarem da receita gerada pela extração de recursos minerais de valor econômico, eles encontrariam fundamento na *participação no resultado da exploração*.

Além disso, em geral, sustentam que, se os *royalties* realmente tivessem natureza indenizatória, o constituinte brasileiro os teria destinado exclusivamente à União – já que é a proprietária do subsolo e dos recursos minerais dele advindos –, e não os distribuiria também para outras entidades da Federação – que não possuem nenhum bem em causa –, só pelo fato de receberem as atividades de exploração. Em outras palavras, não teria lógica alguma a Lei Maior prever direitos de propriedade de bens dominicais para uma pessoa política e determinar uma indenização em virtude de sua exploração para outra. Assim, caso a *participação no resultado* ou *compensação financeira* correspondesse mesmo a uma indenização, a titularidade do subsolo

¹³⁶ “(...) em sentido genérico, quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para reembolsar de despesas feitas ou para ressarcir de perdas tidas. E nesse sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem. É, portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária, que se efetiva para satisfazer um pagamento, a que se está obrigado ou que se apresenta como um dever jurídico. Traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo de que se desfaleceu pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-los de proventos, a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 452 ss., verbete “indenização”, grifos no original.

pertenceria aos Estados, DF ou Municípios onde as reservas de petróleo ou de qualquer outro recurso estivessem situadas.

Alberto Xavier é categórico ao afirmar que “ao invés da perda, o que ocorre é a valorização econômica de recursos pela sua extração e beneficiamento”. O autor, rejeitando sem hesitações a presente doutrina, não vislumbra nenhum prejuízo no caso em comento, entendendo que a atribuição da propriedade federal sobre os recursos minerais se deu justamente para que a própria União assegurasse uma exploração *ordenada e racional* desses bens pelos particulares.¹³⁷

Há ainda registro contrário, no sentido de que o sistema legal de distribuição dos *royalties* descaracteriza o caráter indenizatório de sua natureza. Em primeiro lugar, porque a legislação infraconstitucional os distribui em porcentagens estipuladas abstrata e genericamente, e não em função de estimativa de danos ou prejuízos. Em segundo lugar, por também terem como destinatários Estados e Municípios considerados *não* produtores, o que, partindo dos pressupostos basilares da corrente indenizatória, seria no mínimo contraditório, pois aqueles não seriam em tese atingidos pelo ônus ambiental e estrutural da exploração.¹³⁸

1.3 Posicionamento jurisprudencial

As decisões judiciais brasileiras consagram, em sua grande maioria, não só a tese da natureza jurídica indenizatória dos *royalties* do petróleo, mas também a daqueles derivados da exploração de recursos hídricos e minerais em geral, embora um dos mais importantes precedentes sobre a matéria tenha desconsiderado a aplicação dessa natureza, em função, sobretudo, da maneira como tais receitas são quantificadas. Estamos nos referindo a uma orientação jurisprudencial já invocada no presente estudo, a saber: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.800-5, realizado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Na ocasião, conforme vimos no item 1.3, Capítulo I, Parte II, discutia-se especificamente a constitucionalidade da cobrança da CFEM (ou *royalties* minerários),

¹³⁷ XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 15.

¹³⁸ Ademais, “não há estimativa de dano sequer para Estados e Municípios produtores e confrontantes, uma vez que são beneficiados de maneira indiscriminada entre si (...) – ainda que, por evidente, uns sofram mais impactos que outros”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel; OLBERTZ, Karlin. “Federação e *Royalties*”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53.

ante a arguição de a mesma ser um tributo da espécie imposto e, por consequência, ilegítimo. Na qualidade de Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao dar o seu veredito sobre a questão, não só rechaçou a tese da natureza tributária e inconstitucional da CFEM, como destacou que esta obrigação, apesar da denominação que possui, não corresponderia ao modelo constitucional de *compensação financeira*, previsto pelo artigo 20, § 1º, da Carta Maior.

Em conformidade com o voto do dito Ministro, a *compensação financeira* deveria ser compreendida “em seu sentido vulgar de mecanismo destinado a recompor uma perda, sendo, pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador”.¹³⁹ Ressaltou, entretanto, que a espécie de perda referida pelo legislador, de forma implícita, no dispositivo constitucional supracitado, não teria propriamente relação com a extração de minérios em si – isto é, com uma perda patrimonial pública para agentes econômicos privados, conforme sustentado por parcela da doutrina e até pela empresa mineradora impetrante do RE em tela –, já que, se assim fosse, a receita da *compensação financeira* deveria ter unicamente como destinatária a União – enquanto titular dos bens naturais da Federação –, assim como o seu *quantum* deveria ser equivalente ao valor total do recurso mineral extraído – o que tornaria inviável a sua exploração por terceiros.

Com efeito, a perda cogitada pelo Ministro como inerente à *compensação financeira* constitucionalizada estaria associada aos problemas decorrentes, especialmente para os Municípios, da exploração dos recursos naturais em geral. Destacou tanto problemas de caráter ambiental, exemplificativamente, “remoção da cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento da paisagem”, quanto de caráter social e econômico, “advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos”. Por outro lado, segundo o magistrado, “a concessão de uma lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes”.¹⁴⁰

Dessa forma, a CFEM, tal como instituída pela Lei 7.990/89, não teria a natureza de uma verdadeira *compensação financeira*, mas sim de uma *participação no resultado*, já que o seu valor é dimensionado com base no faturamento resultante da venda do produto mineral extraído, “que nada tem a ver com as perdas a que alude

¹³⁹ STF, RE nº 228.800-5, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁴⁰ STF, RE nº 228.800-5, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

implicitamente o art. 20, § 1º, da Constituição”, como acentuado pelo Ministro.¹⁴¹ Sendo assim, restou definida no julgado a natureza patrimonial da referida obrigação, e não a natureza indenizatória.

Apesar disso, não foi esta a interpretação dada por grande parte da jurisprudência firmada após o julgamento do RE 228.800-5, as quais asseveram que a CFEM¹⁴², a *compensação financeira pela utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica* (CFURH– vulgarmente conhecida como *royalties* da água)¹⁴³ e os *royalties* do petróleo possuem natureza jurídica indenizatória, por se manifestarem como obrigação de ressarcimento, exigida das pessoas titulares dos direitos de extração de recursos minerais e de utilização de recursos hídricos, em virtude dos danos causados em decorrência dessas atividades exploratórias às entidades locais em cujo território são praticadas.

Nesse contexto, cumpre destacar a recente decisão monocrática do pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4917¹⁴⁴, ajuizada no STF, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, contra os novos critérios de distribuição dos *royalties* e das participações especiais, estabelecidos no plano ordinário pela Lei nº 12.734/2012 – após o veto da Presidenta Dilma Rousseff ser

¹⁴¹ “Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental – o que a L. 7.990/89 instituiu, ao estabelecer no art. 6 que ‘a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral’, não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína ‘participação no resultado da exploração’, entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1º, e a do art. 176, § 2º, da Constituição”. STF, RE nº 228.800-5, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁴² “REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ROYALTIES RECEBIDOS PELO MUNICÍPIO - RECURSOS MINERAIS - INTEGRAM A DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - REPASSE - ARTIGO 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SEGURANÇA CONCEDIDA - RECURSOS PROVIDOS. Os royalties da compensação financeira pelo resultado da exploração dos recursos minerais possuem natureza de indenização, constituindo, por conseguinte, entrada de dinheiro no cofre público, ou seja, receita corrente patrimonial, de modo que integram o duodécimo repassado para a Câmara Municipal, conforme a dotação orçamentária prevista na lei municipal, sob pena de inviabilizar seu funcionamento, conforme dispõe o artigo 168 da Constituição Federal”. TJ-MS, Relator: Des. Hamilton Carli, Data de Julgamento: 12/06/2006, 3ª Turma Cível.

¹⁴³ A então Ministra do STF, Ellen Gracie, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253906-MG, em que atuou como relatora, proferiu entendimento no seguinte sentido: “a recomposição pelos prejuízos decorrentes da inundação de áreas para a construção de hidrelétricas se faz mediante o instituto da participação ou compensação financeira, que constituirá receita originária do ente federativo que suporta a exploração” (grifo nosso). Nesse mesmo julgado, a referida ministra citou, no corpo do texto do relatório, a ementa do acórdão recorrido, e proferido pelo STJ, segundo a qual “a compensação aos municípios inundados, pela perda de seus territórios, é feita através de *royalties*”. RE 253906 MG, Relatora: Ellen Gracie, Data de Julgamento: 22/09/2004, Tribunal Pleno, DJ 18-02-2005, v. 27, n. 315, 2005, p. 197-213; Assim, consoante o posicionamento da mencionada Ministra, a natureza jurídica dos *royalties* da água seria permeada por uma hibridez de cunho indenizatório e patrimonial (receita originária).

¹⁴⁴ Para além dessa ADI, foram impetradas outras de autoria do Espírito Santo, de São Paulo e da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ).

derrubado no Congresso Nacional, obrigando-a a promulgá-la.¹⁴⁵ Este marco legal é fruto das reivindicações dos Estados e Municípios não produtores de petróleo, por uma divisão mais equânime das receitas advindas da produção petrolífera entre todos os entes da Federação brasileira, fundamentadas, principalmente, no fato do recurso natural em causa ser um bem de titularidade da União e, por via de consequência, de todos os cidadãos brasileiros, independentemente da área geográfica em que estejam localizados.

Na ação, o Rio de Janeiro (RJ) intenta a inconstitucionalidade de dispositivos da referida Lei¹⁴⁶ mediante a apresentação de duas teses, uma central e outra menos abrangente¹⁴⁷. A primeira envolve, de forma direta e insofismável, a teoria do dano, sendo, por isso, a que nos interessa abordar agora.¹⁴⁸ Em suma, alega que as novas regras de repartição dos recursos financeiros violariam o texto constitucional e a própria natureza jurídica dessas receitas, por não colocarem no *centro das preocupações* as entidades produtoras de petróleo, mas sim as entidades que *não* seriam atingidas pelas externalidades negativas provenientes das operações petrolíferas. Ademais, rebate o argumento central que norteou a promulgação da lei posta em questão, declarando que, apesar do bem ser de titularidade federal, sua produção acarretaria inúmeros problemas e prejuízos aos Estados e Municípios onde é efetivamente exercida.

¹⁴⁵ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS: ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA AO ART. 20, § 1º COMBINADO COM A AL. B DO INC. II DO § 2º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO RETROAÇÃO DE EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO EM INOBSERVÂNCIA A ATOS JURÍDICOS PERFEITOS E AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PLAUBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA CONFIGURADA A IMPOR DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO”. STF, Medida Cautelar na ADI nº 4917 DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 18/03/2013.

¹⁴⁶ São eles: arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei do Petróleo (Lei 9.478/97), com as alterações promovidas pela referida Lei dos *Royalties* (Lei 12.734/2012).

¹⁴⁷ A outra tese, conforme destacado pela ADI 4917, trata da “absoluta ilegitimidade da aplicação do novo regime às concessões firmadas anteriormente à promulgação da Lei Federal n. 12.734/2012”, pois violaria direitos adquiridos das entidades produtoras ao recebimento do percentual de participações governamentais estipulado pela legislação anterior vigente. Isso ocorre, porque as novas regras não se referem apenas aos *royalties* e à participação especial que decorrerão de campos petrolíferos que ainda serão licitados sob o regime de concessão ou de partilha de produção (neste modelo, apenas *royalties*), mas também aos *royalties* e à participação especial oriundos de campos já licitados e em produção pela via da concessão.

¹⁴⁸ O Governador do Rio de Janeiro alega, na mencionada ADI, que a Constituição Federal estabelece “uma associação direta e inequívoca entre o pagamento da compensação e o fato de haver produção situada no ente. Além da literalidade do dispositivo, a lógica da compensação aos produtores é justificada por diversas razões objetivas, igualmente baseadas na Constituição. (...) Embora o bem pertença à União (CF/88, arts. 20, IX, e 176, caput), sua produção gera uma série de ônus e riscos para os entes locais em cujo território ocorre a exploração. Por conta disso, a Constituição exige que os Estados e Municípios produtores sejam compensados (...)”.

A Ministra Cármen Lúcia, encarregada de apreciar em sede cautelar a problemática, demonstrou-se receptiva às alegações do maior produtor de petróleo do país, expondo o seu ponto de vista inspirada também na natureza jurídica indenizatória das receitas em jogo. Em apertada síntese, interpretando o § 1º do art. 20 da Constituição, sustentou que o direito constitucional do RJ, bem como dos demais Estados e Municípios “prejudicados”, ao recebimento da *participação no resultado* ou da *compensação financeira* seria decorrente da localidade espacial e dos encargos ocasionados pelo desenvolvimento de atividades exploratórias nos territórios desses entes subnacionais.¹⁴⁹ Assim, apesar de realçar os motivos nobres da intenção do legislador – isto é, de repartir as riquezas do petróleo com todos os entes da Federação –¹⁵⁰, considerou que, do ponto de vista constitucional, a mudança normativa instaurada mostrar-se-ia destoante do dispositivo assinalado como *paradigma*, já que beneficiaria Estados e Municípios não compreendidos nas *condições territoriais constitucionalmente descritas*, com parcelas de *royalties* e participação especial.

Além disso, Cármen Lúcia sublinhou em sua decisão que os riscos da nova sistemática de repartição à segurança jurídica, política e financeira das entidades produtoras¹⁵¹, somados ao fato dos *royalties* serem calculados e pagos mensalmente,

¹⁴⁹ Veja-se trecho da referida liminar, respaldado pelo suposto caráter indenizatório dos *royalties*: “A dicção do § 1º do art. 20 da Constituição brasileira define os titulares do direito à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. O direito das entidades federadas, Estados e Municípios, constitucionalmente assegurado, decorre de sua condição territorial e dos ônus que têm de suportar ou empreender pela sua geografia e, firmado nesta situação, assumir em sua geoeconomia, decorrentes daquela exploração. Daí a garantia constitucional de que participam no resultado ou compensam-se pela exploração de petróleo ou gás natural”. STF, Medida Cautelar na ADI nº 4917, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 18/03/2013, p. 21.

¹⁵⁰ Segundo a Ministra, “O enfraquecimento dos direitos de algumas entidades federadas não fortalece a federação; compromete-a em seu todo. E se uma vez se desobedece a Constituição em nome de uma necessidade, outra poderá ser a inobservância de amanhã em nome de outra. Até o dia em que não haverá mais Constituição. O direito de Estados e Municípios, a ser exercido nos termos da lei, não pode ser porta de entrada para o seu amesquinamento pelo legislador, não se podendo permitir seja esse direito constitucionalmente estabelecido mais formal que real, ainda que o objetivo tenha sido o de angariar novos recursos às demais entidades federadas, igualmente necessitadas de novos aportes para fazer face às demandas sociais. Por mais nobres e defensáveis sejam os motivos que conduzem os legisladores, não se atém o controle de constitucionalidade a suas razões, mas à compatibilidade do ato legislado com as normas constitucionais”. STF, Medida Cautelar na ADI nº 4917, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 18/03/2013.

¹⁵¹ Ao concluir seu raciocínio julgador, Cármen Lúcia sublinhou os riscos das novas regras à saúde das finanças públicas dos produtores: “A relevância dos fundamentos apresentados na petição inicial desta ação pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e a plausibilidade jurídica dos argumentos nela expostos, acrescidos dos riscos inegáveis à segurança jurídica, política e financeira dos Estados e Municípios – experimentando situação de incerteza quanto às regras incidentes sobre pagamentos a serem feitos pelas entidades federais, alguns decorrentes mesmo de concessões aperfeiçoadas e dos direitos delas decorrentes -, impuseram-me o deferimento imediato da medida cautelar requerida. Assim, tem-se resguardados, cautelarmente, direitos dos cidadãos dos Estados e dos Municípios que se afirmam atingidos em seu acervo jurídico e em sua capacidade financeira e política de persistir no cumprimento de

comprovariam a urgência da necessidade de providência judicial. Em virtude disso, dos demais motivos acima ressaltados e dos precedentes do próprio Tribunal Supremo, deferiu a medida cautelar requerida pelo Governador do Rio, suspendendo¹⁵², até o julgamento final da ação, os efeitos dos artigos da dita Lei, com manifesta afinidade à corrente indenizatória. Dessa forma, os critérios das normas anteriores voltaram a vigorar, reestabelecendo o quadro que centraliza as rendas petrolíferas nos Estados e Municípios produtores e confrontantes.

2. Natureza Jurídica Patrimonial

Uma das correntes de maior prestígio entre os doutrinadores qualifica a natureza jurídica dos *royalties* do petróleo como *receita originária patrimonial*, a qual seria justificada por aqueles institutos constituírem, na generalidade dos sistemas, prestações devidas ao Estado (*lato sensu*) em razão da exploração de bens do seu patrimônio. Como a Constituição brasileira assegura expressamente a propriedade dos recursos naturais e o direito de explorá-los com fins econômicos à União – enquanto entidade maior da Federação –, a atribuição federal temporária desse direito a terceiros (empresas estatais ou privadas), somada à efetiva produção de matérias-primas, gera entradas financeiras ao Erário Público, as quais configurariam, na concepção da doutrina em análise, receitas públicas de caráter originário.

Estaríamos, portanto, no âmbito de duas facetas estatais produtoras de rendas. A primeira seria representada por um *Estado Proprietário*, que, a partir da celebração de contratos de concessão com companhias petrolíferas, exigiria das mesmas uma remuneração pela extração de petróleo do próprio acervo de bens fósseis. Já na segunda, teríamos um *Estado Empresário*, que também exigiria a remuneração acima referida, só que atuando de forma ativa no processo exploratório de seu potencial petrolífero, quer por meio de uma companhia estatal criada para este fim (*National Oil Companies – NOC*)¹⁵³, quer por contratação via regimes jurídico-regulatórios especiais,

seus deveres constitucionais”. STF, Medida Cautelar na ADI nº 4917, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 18/03/2013.

¹⁵² Para ter uma noção da rapidez com que se foi tomada esta decisão, a ADI nº 4917 foi ajuizada no dia 13/03/2013, e a medida cautelar em tela, deferida no dia 18/03/2013, ou seja, com um lapso temporal de menos de uma semana entre o ajuizamento e o deferimento. Ademais, ressalta-se que, até o término deste trabalho, o mérito da ação ainda não havia sido julgado pelo Plenário da Corte.

¹⁵³ Como, por exemplo, a SANANGOL em Angola, a STATOIL na Noruega e a PETROBRAS no Brasil. Para uma análise sobre a atuação dessas e de outras *NOC*'s nos respectivos países de origem, vide BAIN

a exemplo do modelo de partilha de produção¹⁵⁴ (*Production Sharing Agreements – PSA's*).¹⁵⁵

Vale relembrar, conforme destacamos na Parte I deste trabalho, que as receitas públicas, mediante o *critério da origem* e alinhadas à tradicional classificação germânica, subdividem-se em *originárias* (essencialmente, não tributárias) e *derivadas* (principalmente, tributárias). Nesse contexto, sob o ponto de vista de Fabricio Leite¹⁵⁶, as participações governamentais da indústria do petróleo, dentre elas, os *royalties*, refletiriam os dois elementos identificadores de receitas originárias, os quais, em conformidade com as lições de Aliomar Baleeiro, seriam: (i) o *político-jurídico*, representado pela desnecessidade do exercício do poder impositivo estatal para a arrecadação, e (ii) o *econômico*, traduzido por quantias oriundas propriamente do setor público.

Por sua vez, Reynaldo Andrade da Silveira sustenta que, uma vez descartada a opção de considerar a CFEM um tributo (receita pública derivada), dever-se-ia compreendê-la e interpretá-la como uma receita de cunho originário, exatamente pelo referenciado motivo de advir da exploração, por particulares, de um bem de titularidade

& COMPANY; ADVOGADOS, Tozzini Freire. *Relatório I – Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural*, cit.

¹⁵⁴ O advento do contrato de partilha de produção representou a consolidação de um novo regime de maturidade na indústria do petróleo. Isto ocorre, porque, antigamente, o que predominava, no âmbito das negociações via concessões, era a celebração de contratos entre países pobres, os quais não tinham qualquer possibilidade de explorar o elevado valor econômico que detinham nos respectivos subsolos, e empresas de países ricos, que possuíam o *know-how*, isto é, dominavam as técnicas geofísicas para realizar tal exploração. O sistema de partilha, então, permitiu que os países anfitriões se associassem às empresas petrolíferas de forma a participar, ativamente, de todas as etapas da atividade – prospecção, desenvolvimento e produção. Para tanto, criaram empresas estatais (*NOC*), visando a aprender a tecnologia e a adquirir o conhecimento necessário, para passar de um simples Estado hospedeiro (*Estado Proprietário*) a um Estado atuante (*Estado Empresário*).

¹⁵⁵ Atualmente o modelo de partilha de produção é considerado o sistema jurídico-regulatório mais dinâmico e evoluído de exploração dos recursos minerais, sendo, inclusive, o mais utilizado por países dos continentes africano e asiático. Neste sentido, veja-se a seguinte explanação: “PSAs [*Production Sharing Agreements*] as a form of cooperation between an investor and a state in the process of the use of the subsoil now actively is used in more than 40 countries, including Angola, Vietnam, Libya, Egypt, Malaysia, Peru, Syria, the Philippines, Equatorial Guinea and others. In recent years, PSAs have begun to be used in the CIS: e.g. Russia, Azerbaijan and Kazakhstan. In 1995, the Russian State Duma adopted the Federal Law ‘On Agreements about Production Sharing’, and at the present time several investors already are conducting their activity in Russia under PSAs, although this law is not yet being widely applied because of the lack of subsequent legislation”. PALIASHVILI, Irina. *The concept of production sharing*. Disponível em: http://www.rulg.com/documents/The_Concept_of_Production_Sharing.htm. Acesso em: 09/06/2012; Cumpre destacar ainda, como países produtores referência no modelo de partilha, a China e o próprio Brasil, que o adotou para a exploração da promissora camada pré-sal.

¹⁵⁶ LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. “As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta”, cit., p. 534; Também reconhecendo os *royalties* petrolíferos como receitas patrimoniais originárias: OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. “A Origem Constitucional dos Royalties do Petróleo e o Princípio Federativo”. In: *Repertório de Jurisprudências IOB – Tributário, Constitucional e Administrativo*, vol. I, n. 10, 2009, p. 372.

federal – no caso de estudo dele, minérios, a exemplo de ouro, ferro e manganês. Dessa forma, como contraprestação à outorga dos direitos exploratórios sobre os recursos minerais, o particular teria o dever de efetuar o pagamento da mesma à União, assim como os impostos pertinentes.¹⁵⁷

Somam-se aos supramencionados juristas, entre outros, Fernando Facury Scaff, Ricardo Lobo Torres, Marilda Rosado e Kiyoshi Harada, cujos posicionamentos foram citados no decorrer do presente estudo nos itens 1.2 (Capítulo I) e 1.1 (Capítulo II), ambos da Parte II.

Logo, dentre as espécies de receitas públicas originárias elencadas pela doutrina – as quais também foram descritas por nós na Parte I –, os *royalties* petrolíferos pagos à União se enquadrariam na modalidade *receita patrimonial*¹⁵⁸, haja vista o petróleo ser um recurso natural que constitucionalmente, conforme sabemos, está inserido no conjunto de bens daquela entidade. Já pela ótica da Lei de Finanças Públicas (Lei nº 4.320/64) brasileira, eles primeiramente fariam parte da categoria econômica denominada *Receitas Correntes (caput, art. 11)*, sendo, posteriormente, classificados no subnível também definido como *patrimonial* (§ 1º, art. 11).

Do aduzido, observa-se que a teoria da presente corrente assenta-se na titularidade dos recursos cuja exploração (frutífera) produz as receitas em comento. Consonante já verificado, os Estados Nacionais de matriz romana, com a finalidade de garantir a soberania sobre os respectivos bens naturais, estabelecem, em seus regimes normativos, que os recursos minerais *in situ* – isto é, enquanto substâncias naturais não lavradas, situadas em seu local de origem (superfície ou subsolo) – são exclusivamente de titularidade estatal. Nesse passo, a Lei Maior brasileira, através do artigo 176¹⁵⁹, não só adota o sistema dominial, diferenciando a propriedade do solo – podendo ser tanto pública quanto privada – da do subsolo – sempre pública –, como também prevê a separação jurídica entre a propriedade da reserva de petróleo (conjunto de recursos minerais *in situ/bens imóveis*) – outorgada à União – e a do petróleo extraído (produto

¹⁵⁷ SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. “A Compensação Financeira: receita tributária ou patrimonial? Algumas questões”. In: SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Ordem Econômica e Social. Estudos em homenagem a Augusto Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTR, 1999, p. 335.

¹⁵⁸ No sentido de que as receitas geradas pela exploração de recursos naturais de propriedade pública possuem natureza jurídica patrimonial, vide a doutrina argentina: JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributário*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 222; VILLEGAS, Héctor Belissario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributário*. 9ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 65.

¹⁵⁹ Art. 176. *As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*

mineral/*bem móvel*) – assegurada à empresa concessionária de direitos de prospecção e desenvolvimento de projetos petrolíferos.¹⁶⁰

Segundo a doutrina especializada internacional, com destaque para Bernard G. Taverne, independentemente do sistema de titularidade adotado (se dominial ou fundiário), a transferência do direito de propriedade sobre o petróleo se dá na circunstância da entrada desse hidrocarboneto no poço do detentor de uma licença exclusiva de produção.¹⁶¹ Faz-se interessante aliar a essa informação o fato dos *royalties* serem, em termos globais, normalmente cobrados como alíquotas (proporcionais ou progressivas) incidentes sobre o valor do volume de petróleo *produzido*, e não sobre o valor do volume de petróleo *in situ*.

Ora, se em países de ordem romanista, a exemplo do Brasil, a substância petrolífera deixa de ser pública e passa a ser privada a partir do momento em que há sua captura pelas *Internacional Oil Companies (IOC)*, sendo a importância devida a título de *royalties* formulada tendo por base de cálculo a quantidade de petróleo efetivamente capturada – já de propriedade privada –, e não de acordo com a quantidade *in situ* desse recurso – de propriedade pública –, poder-se-ia, ainda assim, considerar tais rendas como provenientes do patrimônio estatal, possuindo a natureza jurídica de receita patrimonial originária? Não teríamos, desse modo, a configuração de receitas derivadas do patrimônio particular, que sofreria uma expropriação legal (*ex lege*), tal como ocorre no pagamento de tributos, o que, então, daria margem a se defender uma natureza tributária e, conseqüentemente, a presença de um Estado Tributador, em vez de um

¹⁶⁰ Um exemplo prático dessa dicotomia pode ser observado nos últimos dados fornecidos pela ANP, relativamente aos níveis de petróleo do campo de Libra, objeto da primeira licitação da camada pré-sal: “as recentes descobertas no campo de Libra mostram um volume “in situ” (volume de óleo ou gás existente em uma região) esperado de 26 bilhões a 42 bilhões de barris. Com uma recuperação estimada em 30% do volume total, a perspectiva é que Libra seja capaz de produzir de 8 a 12 bilhões de barris de petróleo”. “Gigantes petroleiras Exxon, BP e BG estão fora do leilão de Libra, diz ANP”. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/09/ao-menos-12-empresas-pagaram-taxa-para-leilao-de-libra-anp.html>. Acesso em: 02/10/2013; Assim, pela lógica constitucional, a estimativa de 26 a 42 bilhões de barris de óleo *in situ* refere-se aos bens efetivamente públicos, de propriedade da União. Já a capacidade de produção de 8 a 12 bilhões de barris refere-se aos bens que poderão se tornar privados, entretanto, não em sua totalidade, uma vez que a exploração deste campo, por estar situado no pré-sal, não será realizada sob o regime de concessão (onde há transferência da propriedade de todos os hidrocarbonetos explorados), mas sim sob o de partilha de produção. Através deste regime, primeiramente, o Governo brasileiro ressarcirá a empresa petrolífera pelo ônus exploratório com uma parte da produção (designada *cost oil*) e, em seguida, partilhará com a mesma o petróleo restante (designado *profit oil*). Cumpre ressaltar, por fim, que haverá a incidência de *royalties* apenas na parcela de *profit oil* da petrolífera.

¹⁶¹ TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments – A Study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum*. 2nd Ed. Holanda: Klumer Law Internacional, 2008, p. 124:“(…) a transfer of ownership of petroleum takes place from the owner of the petroleum in situ (i.e., either State or, as the case may be, the public or private owner of the land overlying the petroleum deposit) to the holder of an exclusive production license at the moment the petroleum enters this licensee’s well”.

Estado Proprietário e Industrial? Não obstante o método de cálculo dos *royalties* centrar-se na incidência de elementos sobre o produto da lavra mineral, o qual possui – tanto no pensamento de TAVERNE quanto na letra do art. 176 do texto constitucional brasileiro – agentes econômicos como proprietários, prevaleceria a natureza financeira originária (e não derivada) dessas receitas, uma vez que tal produto não deixaria de ser oriundo de um conjunto de bens públicos?

Ao analisar a problemática sob outro ângulo, mas ainda dentro da abordagem dominial, surgiu-nos mais outra questão: poder-se-ia compreender a transferência da propriedade em causa como uma espécie de alienação de bens públicos, hipótese que consubstanciaria o *royalty* a prestação paga pelas *IOC*, aos Estados, em razão da compra de barris de óleo (*bens móveis*) produzidos a partir de recursos originariamente coletivos, o que confirmaria, em termos jurídicos, a sua natureza de receita patrimonial estatal?

2.1 Receitas Originárias versus Receitas Transferidas

No Brasil, há discussões travadas entre os defensores da tese ora examinada, as quais gravitam em torno da seguinte pergunta: tanto os *royalties* angariados pela União quanto os repassados *diretamente* aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em obediência ao preceito contido no § 1º do artigo 20 da Constituição, teriam a mesma natureza jurídica, isto é, de *receitas patrimoniais originárias*?

Como tal repasse é resultante de comandos constitucionais e legais, ou seja, não é realizado de forma voluntária¹⁶², assim como não ocorre através de fundos de participação, alguns autores defendem que os referidos institutos possuiriam a natureza jurídica de *receita originária* em relação não apenas à União, mas também às demais esferas federais agraciadas com a sua distribuição.¹⁶³ Além disso, há quem afirme que os aspectos sociais, econômicos e ambientais, subjacentes de forma negativa às

¹⁶² A Lei de Responsabilidade Fiscal do Brasil (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), em seu artigo 25, define *transferência voluntária* da seguinte forma: “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

¹⁶³ Nesse sentido, cite-se a posição de Fabricio Leite: “As *participações governamentais* na indústria do petróleo, como espécie do gênero *compensações financeiras*, são receitas originárias de cada ente público beneficiado constitucionalmente por esta verba, cuja valoração deve levar em conta a expressão econômica do recurso mineral explorado, os impactos da infra-estrutura estatal que a indústria impõe e critérios ambientais à luz do princípio do poluidor-pagador, expressamente previsto no § 3º do artigo 225 da Constituição”. LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. “As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta”, cit., pp. 535 e 536.

operações exploratórias, confirmariam a originalidade dos recursos relativamente às regiões produtoras, os quais teriam o condão de compensá-las pelos malefícios causados pela indústria extrativa em sua circunscrição territorial – observa-se, neste segundo argumento, mais uma influência do viés indenizatório na teoria patrimonial. Nesse contexto, independentemente da entidade subnacional que os receba, os *royalties* consubstanciariam sempre receitas obtidas originariamente.

Corroborando, aparentemente, com o entendimento acima mencionado, o professor Heleno Taveira Tôres acrescenta que o conceito de receita pública, para além dos preços e dos ingressos comerciais, englobaria, *pela discriminação constitucional de rendas*, mais duas modalidades de *ingressos patrimoniais* para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a saber: *participação calculada sobre os resultados “ou” compensações financeiras pela utilização* de recursos hídricos, exploração de recursos minerais ou produção de petróleo, xisto betuminoso e gás natural. Conclui-se, desse modo, que a importância paga a pretexto de CFEM/*royalties* entraria no Tesouro Nacional de forma originária, visto que decorrente de atividade exploratória de bem público.¹⁶⁴

Outros autores entendem que, como há dois momentos distintos (arrecadação e distribuição), estes estariam associados a naturezas jurídicas também distintas. No primeiro, quando a União, representada pela ANP, arrecada valores a título de *royalties* em virtude da extração de petróleo de suas reservas, eles ingressariam nos cofres públicos sob a rubrica de *receitas patrimoniais originárias*, nos mesmos moldes do realçado até agora. No segundo, entretanto, quando aquela autarquia federal, por força de lei e sem intermédio de fundos de participação, repassa de forma direta uma parte da arrecadação para os Estados-membros e Municípios que suportam a lavra nos respectivos territórios, os valores distribuídos perderiam o caráter originário, passando a ser encarados, jurídica e economicamente, como *receitas transferidas*.¹⁶⁵ Isso se

¹⁶⁴ TÔRES, Heleno Taveira. “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, CF) – sua natureza jurídica”, cit., pp. 138 e 139;

¹⁶⁵ Já nesse contexto, veja-se o posicionamento de Fernando Scaff: “Desse modo, a despeito da CFEM ser classificada como uma receita originária do Estado (*lato sensu*), ela não se caracteriza como uma *receita originária do Estado-Membro*. Para os entes subnacionais (Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) da Federação, a receita da CFEM é uma *receita transferida*, pois decorre de uma arrecadação de valores efetuada por um ente federativo, no caso a União, através de uma autarquia federal (o DNPM) e a eles *transferida*. Não se trata de receita originária dos Estados-Membros em razão de que a Constituição estabeleceu que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União (art. 20, IX). Logo, o que está sendo explorado não é o patrimônio dos Estados-membros ou dos Municípios, mas o da União. Para aqueles cabe o recebimento de uma parcela em dinheiro, paga a título de *compensação*

justifica, porque, nesta segunda etapa, tratar-se-iam apenas de objetos de um repasse intergovernamental, já que encaminhados a entes políticos não titulares das reservas petrolíferas cuja exploração os originou.

Importa fazer, então, uma breve referência à explanação geral de Regis Fernandes de Oliveira sobre as denominadas *receitas transferidas*. De acordo com esse autor, a classificação das receitas públicas quanto ao critério da origem/fonte, para além das categorias nomeadas *originárias* e *derivadas*, deve definir uma terceira espécie para abarcar justamente as receitas, de índole tributária ou não, auferidas por uma entidade subnacional e direcionadas a outra.¹⁶⁶ Por esse motivo, ao discorrer especificamente sobre o debate ora tratado, qualifica o *royalty* como *um tipo de receita transferida não tributária*.¹⁶⁷

Tal espécie, embora ignorada pelas clássicas divisões da doutrina financeira, não passou despercebida pela legislação brasileira, a qual, como acentuado anteriormente, já prevê uma categoria nesses exatos termos – ou seja, designada *Receitas Transferidas* –, mais precisamente no artigo 11, parágrafo 4º, e no artigo 12, ambos da Lei 4.320/64.

Sendo assim, para esta vertente, a natureza jurídica dos *royalties* recebidos pela União permaneceria a mesma, como de receita originária, mas, para todas as outras entidades beneficiadas com a sua distribuição, esta seria realizada, em sede jurídico-econômica, atrelada à natureza de receita transferida não tributária.

Como pôde ser observado, o dilema central do presente item trata-se de definir como a natureza jurídica dos *royalties* se manifesta no *critério da origem* e no *critério do destino*, isto é, se sua essência sofre alguma mutação da arrecadação para a distribuição, sob o prisma, nas duas situações, de quem os recebe. Teríamos aqui um embate entre ser titular do petróleo *in situ* (Estado em sentido *lato*, representado pela União) e ser titular da renda exigida em função da produção do petróleo *móvel* (Estados-

financeira pela exploração de recursos minerais (art. 20, § 1º), vulgarmente conhecida como CFEM ou *royalty*”. SCAFF, Fernando Facury. “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM): Natureza Jurídica, Competência Normativa e Prescrição”, cit., p. 193; “Muito embora a compensação financeira tenha sido instituída como sucedâneo da participação no resultado da exploração de recursos naturais não há como classificá-la como receita originária em relação aos Estados e Municípios que não são titulares dos recursos naturais explorados. Só em relação à União ou a seus órgãos é que os royalties têm natureza de receita originária classificada na categoria de receita corrente de natureza patrimonial”. HARADA, Kyoshi. “Royalties do pré-sal”, cit.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp 106 e 107.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 73 e 74.

membros e demais entidades federativas previstas pelo § 1º do artigo 20 da Carta de 1988). Em outras palavras, o conflito partiria do fato de o legislador constitucional ter determinado como titulares do crédito devido, a título de *participação no resultado* ou *compensação financeira* da/pela exploração dos recursos naturais, entes subnacionais diversos daquele determinado, por este mesmo legislador, como proprietário de tais recursos.

Nesse sentido, as questões que se colocam são as seguintes: teriam sido os *royalties*, em virtude da previsão constitucional consignada no dispositivo mencionado no parágrafo anterior, alçados à natureza jurídica de receitas originárias patrimoniais dos Estados, Distrito Federal e Municípios considerados produtores petrolíferos?¹⁶⁸ Por outro lado, tal previsão não teria propriamente essa finalidade, haja vista os incisos V e IX do seu artigo estabelecerem apenas a União como titular dos recursos naturais da plataforma continental e dos recursos minerais, inclusive os do subsolo, o que levaria a crer que os rendimentos oriundos do emprego econômico desses recursos possuiriam natureza originária unicamente em relação àquela entidade?

Caso reste consolidada a supramencionada interpretação sistemática, afastando o caráter originário dos *royalties* obtidos pelas unidades não proprietárias, porém produtoras de petróleo, a sua natureza jurídica seria realmente de receita transferida? Ademais, quanto aos *royalties* recebidos por órgãos públicos, eles alcançariam a natureza de receita originária, por pertencerem ao domínio da administração direta da própria União, ou também seriam excluídos deste contexto, por igualmente não exercerem a titularidade sob os recursos em causa? Caso a resposta da segunda pergunta seja positiva, poder-se-ia, então, compreender a União não só como titular das substâncias petrolíferas, como também titular de parcela do crédito oriundo de sua exploração?

¹⁶⁸ Para Fabricio Leite, a resposta dessa pergunta seria positiva, pois entende que os *royalties* constituem sempre receitas patrimoniais originárias, mesmo quando obtidos através de transferência intergovernamental. Assim, a partir de tal natureza, defende a possibilidade de cada unidade federativa beneficiária realizar diretamente a fiscalização da arrecadação de sua parcela de *royalties*, sem que isto signifique invasão às competências regulatórias da ANP. LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. “As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta”, cit.

2.2 Entendimentos doutrinários contrários

Faz-se necessário ressaltar, primeiramente, que não há tantas manifestações doutrinárias relevantes contra a tese da natureza jurídica patrimonial dos *royalties* petrolíferos, o que pode ser justificado por essa corrente não ser, pelo menos aos olhos da doutrina majoritária, dissonante da teoria indenizatória nem da teoria dos *preços* – figura que será abordada mais adiante.

Nesse contexto, apenas haveria choque com a corrente tributária, em que os *royalties* levariam a classificação de receitas públicas derivadas, e não de originárias. Por outro lado, os grandes líderes dessa corrente no Brasil, Roque Antônio Carraza e Alberto Xavier, não se pronunciam a respeito da possibilidade de classificação da CFEM como receita originária, ambos já partem do pressuposto de que tal obrigação seria um tributo, ou seja, uma receita derivada, resultante de constringências impostas ao patrimônio das empresas exploradoras dos recursos minerais.¹⁶⁹

Diferentemente, Adriano Daleffe, antes de nomear a *compensação financeira* como tributo da espécie imposto, rechaça completamente a natureza patrimonial, alegando ser a mesma insatisfatória, no sentido de não conseguir resolver por completo a problemática em questão. Em outras palavras, o aludido autor sustenta que concordar com a mencionada tese pressuporia entender que a expressão *receita patrimonial originária* estaria sendo empregada *em sentido não técnico*, isto é, diversamente do sentido traçado pelo Direito Financeiro.¹⁷⁰

Segundo DALEFFE, os doutrinadores e os julgados que reconhecem aos institutos em discussão a natureza de receita originária utilizam técnica jurídica precária, o que apenas poderia resolver a questão no âmbito da contabilidade pública, não no campo jurídico em si. Para chegar a essa conclusão, o referido autor constrói o seu raciocínio a partir do pressuposto constitucional atinente à propriedade dos recursos minerais, o qual, conforme já enfatizamos, estabelece como proprietária deles a União

¹⁶⁹ Cumpre destacar, então, a crítica de Heleno Taveira Tôrres aos especialistas de Direito Tributário que defendem a *compensação financeira* como tributo: “(...) esquecem os tributaristas que a especialidade deles encontra-se encastelada numa plataforma mais ampla, a ‘atividade financeira do estado’, objeto de estudo do ‘direito financeiro’, onde a contabilidade pública tem o seu relevo e importância, mesmo se insistam em desconhecer, ou, quando menos, negar a sua importância”. TÔRRES, Heleno Taveira. “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, CF) – sua natureza jurídica”, cit., pp. 137 e 138.

¹⁷⁰ DALEFFE, Adriano. “Ilegalidade da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais”, cit., pp. 8 e 9.

Federal. Assim, na sua visão, as receitas decorrentes da exploração desses recursos, *em termos estritamente financeiros*, só poderiam adentrar de maneira originária no patrimônio daquela entidade, por ser a única que detém o seu título patrimonial. Diante disso, quando são conduzidas, de forma direta, para outros entes federados e para órgãos da Administração Pública Direta, os quais não possuem a propriedade dos bens explorados que as geraram, perderiam o caráter originário.¹⁷¹

Neste ponto, cabe sublinhar que o entendimento de DALEFFE se difere daquele sustentado pelos doutrinadores que defendem a presente tese apenas em relação à União (defendendo, além disso, os *royalties* repassados para as esferas estaduais, distritais e municipais como receitas transferidas), pois, para o aludido autor, seria *insuficiente* atribuir à natureza dessas prestações a denominação de *receita patrimonial originária*, por esta se tratar de gênero que abarca várias espécies como a doação, o preço público, o legado, o que não dispensaria, portanto, o intérprete de ser mais específico. Em suma, o argumento de ambos reside no mesmo fundamento, nomeadamente, o título patrimonial dos recursos minerais. De um lado, ele é utilizado, para confirmar a natureza jurídica de receita originária, ainda que exclusivamente para a União; do outro, é utilizado, para demonstrar quão vaga ou genérica seria essa qualificação, porque não representaria a natureza dos *royalties* repassados aos beneficiários, assim como não explicitaria a espécie dessas rendas.

Talvez, por esse motivo, alguns autores, dentro da abordagem jurídica financeira originária, têm defendido os *royalties* como verdadeiros preços públicos, conforme havemos de ver melhor no item 2.1 do capítulo em presença. Avancemos, então, à análise do posicionamento jurisprudencial sobre a tese patrimonial e respectivos conflitos internos.

2.3 Posicionamento jurisprudencial

A Justiça brasileira, conforme adiantado em alguns itens do presente estudo¹⁷², possui entendimento positivo no que tange a atribuir aos *royalties* do petróleo a natureza jurídica de receita originária patrimonial. A corrente doutrinária que defende

¹⁷¹ “Poder-se-ia objetar que a originalidade da receita da CFEM estaria na sua natureza constitucional, em favor do Estado-ente-político, e que a distribuição dessa receita entre os diversos entes da Federação seria entregue à Lei ordinária, conforme mandamento da própria Constituição. Mas isso seria de técnica jurídica tão precária que dispensaria maiores desenvolvimentos”. DALEFFE, Adriano. “Ilegalidade da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 9.

¹⁷² Veja-se, principalmente, as orientações jurisprudências citadas no item 1.3 do Capítulo I da Parte II.

essa natureza possui, inclusive, os fundamentos mais incorporados pelas decisões dos tribunais, adotados ora em sua plenitude¹⁷³, ora em conjunto com a teoria do dano – isto é, *royalty* representando, jurídica e concomitantemente, uma renda patrimonial e indenizatória¹⁷⁴.

Quanto ao impasse referido no item 2.1 do presente capítulo, o Poder Judiciário se filiou àquele primeiro entendimento, ou seja, compreendeu que os *royalties* arrecadados pelo Governo federal e distribuídos diretamente para outras esferas da Federação brasileira caracterizar-se-iam como receitas originárias, e não como receitas transferidas.

Ganha destaque, como principal precedente, o julgamento realizado pelo STF no Mandado de Segurança n.º 24.312-1/DF, impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) em face de ato – Decisão n.º 101/2002 – do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), o qual teria definido ser de sua competência exclusiva a fiscalização da aplicação dos *royalties* petrolíferos transferidos aos entes estaduais e municipais, excluindo, desse modo, a competência do órgão impetrante (TCE/RJ).¹⁷⁵

Na concepção da Ministra Ellen Gracie, relatora do julgado acima enumerado, o deslinde da questão dependeria, em um primeiro momento, de averiguar a quem pertence, originariamente, as prestações financeiras alvo das auditorias em tela, se ao Rio de Janeiro ou à União. Nesse passo, compreendeu que a interpretação do artigo 20, incisos V e IX, da Constituição Federal, ao prever os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais como bens da União, induziria à conclusão de serem também desta entidade, e não dos Estados, o resultado da exploração desses recursos. Ademais, a Ministra asseverou que o fato da norma inserida no primeiro parágrafo do

¹⁷³ Como exemplo de adoção *plena* dessa natureza, podemos citar a decisão proferida pela 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do Recurso de Apelação n.º 200951010086020, cujo acórdão restou assim ementado: “ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE ROYALTIES. DIFERENÇA. NATUREZA JURÍDICA. RECEITA PATRIMONIAL ORIGINÁRIA. PRAZO. DECADENCIAL. LEI 9.636/98. I – Os créditos patrimoniais decorrentes de receita patrimonial podem ser constituídos no prazo de 10 (dez) anos e cobrados em 05 (cinco) anos, a partir do lançamento, nos termos do artigo n.º Lei n.º 9.636/98. II – Os royalties do petróleo, possuindo natureza de receita patrimonial/originária advinda da exploração de uma parcela do patrimônio da União, se submetem aos prazos de decadência e prescrição previstos na Lei n.º 9.636/98. III – Quanto à forma de constituição dos créditos referentes aos royalties, sendo a Agência Nacional do Petróleo responsável pela administração dos direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional, já que tais direitos pertencem à União, compete a ela utilizar os meios necessários à obtenção da mencionada finalidade. IV – Apelação desprovida.”. TRF-2 - AC: 200951010086020, Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira, Data de Julgamento: 05/10/2010, Oitava Turma Especializada, Data de Publicação: 13/10/2010.

¹⁷⁴ Cfr. demos destaque no item 1.3 do Capítulo II da Parte II.

¹⁷⁵ Cfr. Relatório, p. 352.

mesmo dispositivo garantir a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nessa mesma exploração, não transformaria essas prestações em receitas originárias desses entes federativos nem as confundiria com as participações tributárias dos artigos 157 e 158, também da Carta Maior. Por essa razão, entendeu ser aplicável ao caso, entre outros itens específicos do Regimento Interno do TCU¹⁷⁶, a hipótese constitucional do inciso VI, do artigo 71, o qual confere competência àquele órgão para “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou *outros instrumentos congêneres*, a Estado, Distrito Federal e Municípios”. A aludida Ministra, então, considerou que os *royalties* do petróleo deveriam ser incluídos entre os instrumentos congêneres, votando, *inicialmente*, pela denegação da segurança pleiteada pelo TCE/RJ¹⁷⁷, em conformidade, inclusive, com o que havia sido recomendado no processo pelo parecer do Ministério Público Federal¹⁷⁸.

Em sentido contrário, o Ministro Sepúlveda Pertence, reiterando o entendimento consignado pela Primeira Turma, na decisão do RE 228.800, quando figurou como Relator (conforme destacamos páginas atrás, no item 1.3 do presente capítulo), reafirmou tratarem-se os *royalties* de receita patrimonial não só da União, mas também dos Estados e dos Municípios, por entender que a sua causa não seria a propriedade do recurso, mas sim a sua produção – “uma coisa é indagar de quem são os bens, o minério ou o petróleo; outra é a participação no produto da exploração, ou a compensação financeira”. Neste diapasão, deferiu a segurança requerida pelo TCU.¹⁷⁹

Já o Ministro Nelson Jobim narrou a sua experiência¹⁸⁰ na Assembleia Nacional Constituinte, para fundamentar o seu posicionamento sobre a questão. Para uma melhor compreensão da origem da problemática em tela, ele afirmou ser necessário analisar o art. 20, § 1º, combinado com o art. 155, inciso II, § 2º, inciso X, alínea b), ambos da Constituição. Sabemos que o primeiro dispositivo mencionado assegura uma participação ou compensação financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que sediem atividades exploratórias de petróleo e de outros bens naturais

¹⁷⁶ Art. 1º, XI e 198, III do RITCU.

¹⁷⁷ Tudo cfr. Voto pp. 355 a 357.

¹⁷⁸ Cfr. Relatório p. 354.

¹⁷⁹ Cfr. Voto pp. 358 e 364: “essa alusão, pouco técnica, no art. 20, § 1º, da Constituição, à distribuição de recursos financeiros a participação de órgãos da administração direta da União, deixa claro, ‘a mais não poder’, ser inteiramente estranha a natureza de tais quotas-partes à propriedade da União sobre os recursos minerais, que é indiscutível. Só por isso a União participa do produto da exploração, obviamente quando a concede a terceiro, da extração de recursos que são seus”.

¹⁸⁰ Antes de ser Ministro do STF, Nelson Jobim foi Deputado Federal, quando atuou como membro titular e relator-adjunto da Comissão de Sistematização na Assembleia Nacional Constituinte, da qual resultou a promulgação, em 1988, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

para geração de energia elétrica. O segundo¹⁸¹, por sua vez, proíbe que as duas primeiras entidades realizem a cobrança de ICMS sobre o transporte interestadual do resultado (inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos – derivados petrolíferos) dessa exploração.¹⁸²

Na regra geral, o ICMS é cobrado na origem, isto é, pelo Estado¹⁸³ onde ocorre a operação de saída de mercadorias. Com o advento do Texto Constitucional de 1988, entretanto, houve uma inversão nessa regra em relação à circulação interna de energia elétrica, petróleo e seus derivados, pois esse imposto passou a incidir nos Estados de *destino* de tais produtos. Segundo JOBIM, este foi o motivo principal que levou o mesmo Diploma Legal a determinar a instituição, por lei federal, de um dos mecanismos previstos pelo art. 20, § 1º, para compensar os Estados de *origem* pela perda dessa receita tributária.

Em breve síntese, na interpretação de JOBIM, os *royalties* teriam sido concebidos, sobretudo, em favor dos Estados considerados produtores de petróleo, gás e energia hidroelétrica em contrapartida à desoneração, nas respectivas áreas territoriais, do ICMS sobre a remessa do resultado dessa produção para os demais Estados-membros da Federação.¹⁸⁴ Por essas razões, o Ministro concluiu que não se trataria de uma receita que a União repassa, mediante convênio, aos Estados, mas sim de uma receita originária, própria destes últimos entes, “face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS”, conforme palavras do mesmo. Assim sendo, sustentou que a competência para

¹⁸¹ Art. 155. *Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - 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; (...) § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) X - não incidirá: (...) b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.*

¹⁸² Na doutrina, muito se discute se, neste artigo, haveria ou não a configuração de uma imunidade tributária. Alguns sustentam que sim, pois a impossibilidade de exigência do ICMS pelo Estado da fonte representaria uma desoneração de imposto. Já outros entendem que não, sustentando ocorrer apenas uma transição do local habitual de sua cobrança, que passou a ser no Estado de destino. Os doutrinadores que defendem tal imunidade geralmente tendem a relacioná-la diretamente com o pagamento de *royalties*.

¹⁸³ Incluído, neste contexto, o Distrito Federal.

¹⁸⁴ Vale ressaltar que alguns chegam a afirmar que o Estado do Rio de Janeiro deixa de arrecadar, em virtude dessa sistemática tributária, mais de oito bilhões por ano a título de ICMS. NADER, Vinicius. “Rio deixou de arrecadar R\$ 8,9 bi com ICMS”. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,rio-deixou-de-arrecadar-r-89-bi-com-icms-,1009007,0.htm>. Acesso em: 04/09/2013.

exercer as ações fiscalizatórias do caso em comento seria do TCE/RJ, votando a favor da concessão da segurança requerida.¹⁸⁵

Após as explanações de PERTENCE e JOBIM, os demais Ministros votaram no mesmo sentido, seguindo a tese da natureza de receita originária dos *royalties* em relação às unidades federadas beneficiadas constitucionalmente em sede de participação ou compensação. Além disso, descartaram a hipótese suscitada pela Ministra Ellen de incluí-los no contexto do artigo 71, inciso VI, do Diploma Magno, ou seja, de considerá-los como objetos de um repasse intergovernamental voluntário, argumentando, em geral, que, apesar dos recursos minerais integrarem o patrimônio da União, as entradas financeiras em causa representariam um direito subjetivo das entidades produtoras, constituindo, portanto, receitas próprias (e não transferidas) dessas entidades.¹⁸⁶

Por fim, cumpre ressaltar que a Ministra Ellen Gracie retrocedeu a sua posição inicial, para acompanhar o entendimento da maioria formada no plenário da Corte.¹⁸⁷ Dessa forma, por unanimidade¹⁸⁸, foi concedida a segurança solicitada pelo TCE/RJ, assegurando-lhe o seu poder-dever fiscalizatório sobre a aplicação dos recursos decorrentes da produção de hidrocarbonetos no território fluminense, assim como o afastamento da competência do TCU sobre a matéria.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Cfr. Voto pp. 358 a 360; Ademais, JOBIM sublinhou a diferença entre a propriedade do bem e o direito sobre o recurso financeiro advindo de sua exploração, conforme o trecho a seguir: “aqui estamos numa distinção fundamental entre ser titular do patrimônio, que é uma coisa; outra é a titularidade do crédito devido em relação à exploração dos óleos, que é outro assunto. O § 1º trata deste direito subjetivo condicional dos Estados e Municípios; enfim, a haver a participação dos royalties pela exploração em seu território. Não se discute recurso da União. Tanto é que não há nenhum royalty se não houver exploração. Então não há sobre o patrimônio. Há, sim, sobre os recursos e créditos oriundos da exploração do petróleo. Ou seja, nenhum Estado tem indenização da União por ser esta proprietária do subsolo em área territorial do Estado”. Continuação de Voto P. 362

¹⁸⁶ Para o Ministro Gilmar Mendes, “estamos a falar de um direito subjetivo da unidade federada. Trata-se de receita originária que lhe é confiada diretamente pela Constituição (...)” cfr. voto p. 361; Segundo o Ministro Carlos Velloso, “Presente a norma inscrita no parágrafo primeiro do art. 20, o Estado arrecada o que é seu (...)”. cfr. voto p. 363; O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu haver “uma distinção entre o repasse de que cogita o inciso VI do artigo 71 da Constituição Federal, a pressupor sempre recurso federal, e o assegurado aos Estados como direito próprio, em termos de participação. Portanto, o numerário pertence ao Estado, que participa, tem um aporte de recursos, considerado o § 1º do artigo 20 da Constituição Federal. A óptica, sem dúvida alguma, homenageia a autonomia governamental, tão pertinente quando se vive em uma federação.”. cfr. voto p. 381.

¹⁸⁷ Cfr. Retificação de Voto, p. 380.

¹⁸⁸ Cfr. Extrato de Ata, p. 382.

¹⁸⁹ O acórdão do aludido julgamento foi assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE. 1 - Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de

Feita a exposição do julgado, cumpre agora tecer algumas considerações e questionamentos. A Ministra Ellen Gracie, em seu ponto de vista inicial, embora tenha compreendido os *royalties* como recursos de titularidade originária apenas da União, além de adequado a problemática envolvendo o seu repasse ao art. 71, inciso VI, da CFRB, não se pronunciou, ao menos de forma expressa, sobre a (im)pertinência da classificação doutrinal dos mesmos como *receitas transferidas* relativamente aos entes petrolíferos.

Quanto ao voto do Ministro Nelson Jobim, cuja argumentação acrescentou mais um elemento à discussão da natureza jurídica das obrigações em causa, indagamos: se, desde o início das atividades petrolíferas no Brasil – no final do ano de 1953, quando da edição da primeira lei regulamentando o setor (Lei 2.004/53) –, já havia a previsão de pagamento, aos Estados e territórios onde ocorresse a exploração, de quantias obtidas mediante a aplicação de uma porcentagem sobre o valor dos hidrocarbonetos extraídos, como os *royalties* poderiam, então, configurar uma *invenção* da Constituinte de 1988? Não teria sido a sua disciplina ordinária, a partir da norma inscrita no primeiro parágrafo do artigo 20, tão-somente elevada à condição constitucional? Em contraponto ao federalismo fiscal envolvendo o ICMS (art. 15, inciso II, § 2º, inciso X, alínea *b*), CRFB), os *royalties*, da promulgação da Carta em diante, passariam a ter, sob a ótica dos Estados e Distrito Federal produtores de petróleo e impedidos de exigir o mencionado imposto, natureza jurídica de *perda de receita*

auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF. 2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). 3 - É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste - de recursos originariamente federais. 4 - Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevaletentes. 5 - Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade do arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991” (grifos nossos). STF, MS nº 24.312-1 DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2003; Na realidade, o STF só consolidou, através do acordão retro, a orientação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, desde o ano de 1996, já havia apontado a natureza jurídica de receita originária dos *royalties* em relação aos Estados explorados, ressaltando o seu escopo de ressarcir tais entidades, conforme os termos a seguir: “TRIBUTÁRIO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, prevista na Lei nº 7.990, de 28/12/89, não é ilegal nem inconstitucional. Sua cobrança representa apenas o cumprimento de um mandamento constitucional (art. 20, § 1º). Não se trata de receita tributária, senão de uma receita patrimonial originária do Estado, como ressarcimento pela exploração mineral no seu território. Improvimento da apelação”. TRF da 1ª Região, Reconhecimento da Constitucionalidade da CFEM, Rel. Juiz Olindo Menezes, DJ de 09/05/1996.

arrecadatória?¹⁹⁰ Até que ponto um pacto federativo teria o poder de modificar a essência de determinado instituto, alterando a realidade antes em vigor no plano infraconstitucional? Nesse contexto, os *royalties* consubstanciarium um instrumento de captura de rendas constitucionalizado, visando a atingir o ideal cooperativo intentado pelo Diploma Magno para as frações da Federação? ¹⁹¹ Em outras palavras, visariam a compensar os Estados produtores devido à arrecadação do ICMS pelos Estados não produtores, concretizando, desse modo, um equilíbrio jus-financeiro entre entes petrolíferos e não petrolíferos? Não seria mais correto inverter a lógica e afirmar que a excepcionalidade do sistema de recolhimento do ICMS na destinação representaria uma compensação às entidades não produtoras pela sua exclusão da sistemática constitucional de recebimento direto de *royalties*, o que tiraria o foco da natureza jurídica dessas receitas, ora tratadas como patrimoniais?¹⁹²

¹⁹⁰ Nesse sentido, inspirado pela argumentação de JOBIM, Cláudio Pinho sustenta que “os *royalties* causam uma perplexidade de conceituação por terem uma natureza dúplice: *compensação financeira (por perda de arrecadação)-indenização pelas externalidades*. São receitas originárias dos Estados e Municípios e não têm natureza tributária”. PINHO, Cláudio A.. *Pré-sal – História, Doutrina e comentários às leis*. Belo Horizonte: Editora Legal, 2010, p. 48.

¹⁹¹ Na corrida pelos *royalties*, quando os projetos de redistribuição dessas riquezas ainda estavam tramitando no Congresso brasileiro, o argumento do ICMS foi amplamente invocado pelos parlamentares dos principais Estado produtores de petróleo do país (Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo), assim como por especialistas da área *jus-tributária-petrolífera*, os quais defenderam, sobretudo, que qualquer mudança contra os interesses das entidades estatais produtoras deveria ocorrer atrelada a uma reforma do sistema tributário nacional, *para mitigar as distorções que punem tais entidades*, como ressaltado por RIBEIRO, Marida Rosado de Sá. “Perspectiva de mudança cria insegurança para contratos”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/76548-perspectiva-de-mudanca-cria-inseguranca-para-contratos.shtml>. Acesso em: 08/09/2013; Quando da jurisdicalização do conflito político, o mesmo se repetiu. O Estado do Rio de Janeiro reservou uma boa parte do texto da ADI 4.917, ajuizada no STF contra a Lei 12.734/2012, para tratar da questão do ICMS, alegando transgressão ao pacto federativo, uma vez que os *royalties* seriam uma contrapartida a não-tributação do petróleo na fonte produtora, como podemos constatar neste fragmento: “(...) o pagamento de *royalties* e participações especiais insere-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural”. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, suspendeu, em caráter cautelar, os efeitos dos dispositivos da referida Lei, demonstrando-se favorável à argumentação do Rio de Janeiro, nos termos a seguir: “A alteração das regras relativas ao regime de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou da compensação pela exploração, sem mudança constitucional do sistema tributário, importa em desequilibrar o tão frágil equilíbrio federativo nacional e em desajustar, mais ainda, o regime financeiro das pessoas federadas sem atenção aos princípios e às regras que delinham a forma de Estado adotada constitucionalmente”.

¹⁹² Paulo Guedes, ao abordar a disputa federativa sobre os *royalties* do petróleo no Brasil, emitiu sua opinião destacando a natureza indenizatória dessas receitas e relacionando a problemática com o sistema de arrecadação do ICMS petrolífero, mas sob uma perspectiva inversa à exposta pelo Ministro Nelson Jobim: “São robustas as alegações dos Estados produtores. A Constituição de 1988 assegurou-lhes as receitas dos *royalties* como compensação pelos problemas causados pela exploração do petróleo. Em contrapartida, eles abriam mão da cobrança de ICMS do petróleo, transferindo tal receita aos Estados não produtores. A nova lei é inconstitucional em todas essas dimensões. Expropria os Estados produtores de suas receitas constitucionalmente legítimas. Premia o canibalismo federativo, ao transferir mais de 50% dos *royalties* aos não produtores, sem que tenham de devolver o ICMS já retirado dos produtores. E prescinde de um dos atributos de uma boa lei: que tenha efeitos prospectivos, e não retroativos”.

Muitas questões poderiam ser agregadas a essa cadeia de perguntas, mas delas não retiráramos, talvez, um proveito suplementar para a identificação da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo. Passaremos, então, ao estudo da última tese doutrinária selecionada, a qual defende estarmos na presença de preços públicos.

3. Natureza Jurídica de Preço Público

Há ainda alguns autores brasileiros e estrangeiros que vão mais longe¹⁹³, ao conferir aos *royalties* do petróleo, assim como, no caso dos primeiros, a todas as demais rendas governamentais resultantes do § 1º, do artigo 20, da Constituição Federal, a natureza jurídica de *preço público*, espécie do gênero receita originária. Cabe agora tecer, portanto, algumas explicações introdutórias sobre essa modalidade obrigacional.

O preço público, também denominado de *tarifa*, pode ser conceituado como o valor pecuniário cobrado pela prestação de serviços de interesse coletivo, desde que a sua percepção não tenha associação com o Poder Tributante.¹⁹⁴ Igualmente, afigura-se como a remuneração exigida em razão do uso, aluguel ou alienação de bens públicos, através, por exemplo, de autorizações, concessões ou permissões estatais. Daí a expressão ter surgido¹⁹⁵ quando o Estado passou a desempenhar funções no domínio

GUEDES, Paulo. “Os royalties, o Supremo e o estado de direito”. Disponível em: Acesso em: <http://revistaepoca.globo.com/opiniaopaulo-guedes/noticia/2013/03/os-royalties-o-supremo-e-o-estado-de-direito.html>. Acesso em: 08/09/2013.

¹⁹³ No sentido de não apenas ter os *royalties* como receitas originárias, mas ir além, isto é, encontrando uma categoria específica e já existente para os mesmos, entre as espécies de tais receitas. Diferentemente, se levarmos em conta a clássica teoria dos preços lançada pelo italiano Luigi Einaudi, a classificação como preço público viria antes, por exemplo, da classificação como tributo, porque, segundo EINAUDI, as receitas públicas deveriam ser classificadas com base nesta gradação: (i) preço quase privado; (ii) preço público; (iii) preço político – incluindo a taxa nesta categoria; (iv) contribuição de melhoria; (v) imposto. Por essa ótica, as receitas apresentar-se-iam, primeiramente, como um fenômeno econômico – preço quase-privado, preço público e preço político –, transformando-se, de forma gradativa, em fenômeno financeiro – contribuição de melhoria e imposto. Assim, ao passo que nos afastaríamos da ideia de preço, mais nos aproximaríamos do seu oposto, representado pelo tributo. Dessa forma, ir “mais longe” aqui corresponderia considerar os *royalties* como impostos e não como preços públicos. Para uma análise aprofundada sobre a referida teoria, vide EINAUDI, Luigi. *Principios de hacienda pública*. 3ª ed. Madrid: Aguilar, 1952.

¹⁹⁴ Considerando que a taxa também pode ser cobrada face à prestação de serviços públicos e divisíveis, em uma primeira aproximação, poder-se-ia confundir esta espécie de tributo com o preço público. A exata diferenciação entre taxa e preço público constitui discussão complexa que foge ao cerne desta dissertação, importando apenas realçar que, à medida que a primeira é receita derivada tributária, aquele é receita originária.

¹⁹⁵ Conforme leciona Geraldo Ataliba, a teoria dos preços consolidou-se na ordem jurídica brasileira através da Constituição de 1946, que, em seu art. 30, autorizava a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a realizar cobranças de contribuições de melhoria, taxas e *quaisquer outras receitas que decorressem do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços*. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 144.

econômico como um particular, por meio de empresas estatais ou concessionárias privadas, objetivando perquirir necessidades públicas ou apenas obter lucros¹⁹⁶.

Dessa forma, quando o Poder Público intervém na atividade econômica, em concorrência com os privados ou sob o regime de monopólio¹⁹⁷, prestando serviços *não* essenciais¹⁹⁸ ou explorando seu próprio patrimônio, sem aplicar mecanismos coercitivos para as pessoas utilizarem ou comprarem seus serviços, produtos e bens, há a cobrança de um *preço*. Para Antônio Theodoro Nascimento, trata-se de “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 público dominial”.¹⁹⁹

O caráter contraprestacional, como os autores sublinham, é um dos principais aspectos característicos do preço público, uma vez que representa a contrapartida paga ao Estado em virtude dos benefícios por ele propiciados, quando da prestação de um serviço ou do emprego econômico do conjunto de bens públicos em prol de terceiros.

¹⁹⁶ Como bem acentua a doutrina de TEIXEIRA RIBEIRO: “As receitas patrimoniais provêm de preços negocialmente estabelecidos – preços que, ou são puros preços privados, como os das árvores que o Estado extrai das suas florestas, ou são preços inferiores aos que os particulares praticam, como as tarifas portuárias. Em qualquer caso, porém, as receitas patrimoniais resultam de preços lucrativos, isto é, de preços superiores ao custo de produção”. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de Finanças Públicas*, cit., p. 252; Já para SOUSA FRANCO: “É claro que o preço efectivo pode afastar-se do preço real de mercado – tal como sucede com os preços de tantos bens privados. Nuns casos, podem intervir na sua formação critérios de rigidez impostos pelo Estado como dirigente da economia ao Estado produtor, equiparado a qualquer particular (tabelamento, fixação de preços administrativos máximos, margens de lucro fixas, etc.): trata-se de preços públicos ou administrativos”. FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, cit., p. 57.

¹⁹⁷ De acordo com Cláudio Martins, “o preço público com base no monopólio é a verdadeira fonte de renda pública da espécie, pois o Estado, neste caso, não permite a competição, cobrando, quando lhe convém, preços mais altos, dos quais resulta um lucro líquido para as arcas do tesouro público”. MARTINS, Cláudio. *Compêndio de Finanças Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 104.

¹⁹⁸ Aqueles serviços que, embora de interesse coletivo, podem ser prestados por particulares, mediante delegação estatal. Ademais, conforme complementa Ricardo Lobo Torres, o preço público não é instituído com o condão de “fornecer recursos para as atividades gerais do Estado, nem remunera a prestação de serviços vinculados à soberania ou à essencialidade do exercício do poder público. Remunera (...) o serviço público inessencial, que pode ser atribuído a empresas privadas e que não tem a finalidade de garantir direitos fundamentais”. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 189.

¹⁹⁹ NASCIMENTO, Antônio Theodoro. *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*: preços, taxas e parafiscalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 8; Já o professor Paulo de Barros Carvalho ensina que “o preço público consiste na remuneração decorrente da prestação de serviço de interesse público, ou do fornecimento ou locação de bens públicos, efetivada em regime contratual e não imposta compulsoriamente às pessoas. Em suma, o preço público remunera o serviço público prestado, sob o regime de direito privado, por empresas concessionárias. Visto do ângulo daquele a quem onera, é o valor pecuniário que os usuários devem pagar à empresa concessionária toda vez que se utilizarem do serviço prestado; examinado pela ótica de quem desempenha, é a importância que a empresa concessionária está autorizada a cobrar, dos usuários, em função dos serviços públicos efetivamente realizados”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 2ª ed. Revisada. São Paulo: Noeses, 2008, p.382.

Importa ressaltar ainda que, de acordo com a melhor doutrina, o preço público tem por fonte um contrato. Este, consonante noções gerais do Direito Civil, corresponde ao negócio jurídico bilateral ou plurilateral, destinado a estabelecer obrigações para as partes nele envolvidas, as quais ajustam, por anuência mútua, dar, fazer ou não fazer algo, visando à constituição, à modificação ou à extinção de vínculo jurídico patrimonial.²⁰⁰ Nesse contexto, entende-se que o preço²⁰¹ é uma prestação *ex voluntate*, isto é, uma obrigação adquirida voluntariamente, estando submetido ao regime jurídico de Direito Privado²⁰², estritamente conectado ao princípio da *autonomia da vontade*. Além disso, a importância dimensionada sob essa denominação deve atender à *justa remuneração* do capital empregado na realização do serviço público ou do benefício proporcionado pela utilização ou compra de bem dominical.²⁰³ Isso significa que deve haver uma relação de proporcionalidade entre os ingressos e as despesas, entre o que se recebe e o que se paga, o que, mais uma vez, revelaria a índole contraprestacional dessa figura.

Regressando ao nosso objeto de estudo, para os defensores da tese em apreciação, o *royalty* constituiria uma receita originária patrimonial e, inequivocamente, um autêntico preço público²⁰⁴, à medida que sua exigibilidade teria origem na exploração, pela iniciativa privada, de bens do patrimônio estatal. Por outras palavras, o valor devido ao Estado a título de *royalties* pela produção de petróleo corresponderia ao

²⁰⁰ Cfr. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

²⁰¹ Tal instituto remunera, por exemplo, os serviços de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica realizados por concessionárias. Neste caso, estas empresas são autorizadas, pelo Poder Concedente, a cobrar diretamente do usuário daqueles serviços a respectiva tarifa.

²⁰² Também pode-se chegar a essa conclusão a partir da leitura do seguinte artigo constitucional brasileiro: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (grifo nosso). Resta claro, portanto, a submissão dos preços cobrados por entes públicos no exercício de atividade econômica ao mesmo sistema legal conferido àqueles exigidos pela iniciativa privada.

²⁰³ Cfr. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, cit., p. 187; MACHADO, Hugo de Brito. “Taxa e Preço Público”. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, n. 10, 1985, p. 149.

²⁰⁴ “A renda obtida com a autorização de pesquisa e a concessão para a exploração de recursos minerais tem natureza jurídica de receita pública originária, pois se trata da exploração de bens públicos. Os bens minerais são da União (artigos 20, IX e 176 da Constituição), portanto a renda obtida não é indenização, nem tributo, por não ser uma receita derivada. Os *royalties* da contraprestação minerária têm natureza jurídica de preço público, decorrente da exploração do patrimônio do Estado”. BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Lantin, 2011, p. 329; Em sentido semelhante, veja-se SACAFF, Fernando Facury. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/contas-vista-questao-royalties-leva-debate-federalismo-stf>. Acesso em: 08/09/2013.

preço deste recurso natural face à sua exploração econômica pelas empresas concessionárias.

Aurélio Pitanga Seixas Filho, por exemplo, edifica seu entendimento acerca do tema a partir das lições de THEODORO NASCIMENTO, relativamente à possibilidade de fixação de preços públicos por atos normativos²⁰⁵.

No pensamento de SEIXAS FILHO, as formas de participação no resultado da exploração de petróleo e gás – referindo-se aos *royalties* como *compensação financeira* e à participação especial como *compensação financeira extraordinária* –, possuiriam, mesmo estando previstas na legislação, a natureza jurídica de preços públicos. Isso se justifica, porque o seu regime legal não descaracterizaria essa natureza, pois continuariam sendo qualificadas como receitas originárias. Por outro lado, ressalta ser pertinente a disponibilidade dos bens patrimoniais do Estado não ficar a livre arbítrio da autoridade administrativa.²⁰⁶

Assim, seguindo a lógica de SEIXAS FILHO, apesar de decorrerem diretamente de Lei, os *royalties* da “contraprestação” petrolífera deveriam ser classificados como preços públicos, o que, desde logo, iria diferenciá-los das típicas configurações da modalidade obrigacional ora analisada, as quais não necessitam de norma que estabeleça os critérios para a determinação de seus valores, bastando ato administrativo do Poder Público para fixá-los.²⁰⁷

²⁰⁵ Ao doutrinar sobre esta possibilidade, Antônio Theodoro Nascimento ressaltou o seguinte: “E, ainda que os preços venham a ser fixados por lei, hipótese possível, pois, embora a fixação ou majoração deles se opere, de regra, por ato do Executivo, por independerem de manifestação do Legislativo, nada impede que o legislador determine que os preços de venda de determinados produtos sejam fixados por lei (...) Quando se trata de bens públicos dominiais (isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, em cada uma dessas entidades) tal como estão definidos no Código Civil Brasileiro, artigo 67, estão nesse caso terras devolutas, terrenos da marinha etc., dependerão de lei para ser alienados. (...) Poderá, entretanto, o Poder Legislativo autorizar a venda ou a locação, e sem fixar o preço do imóvel ou do aluguel, submeter a alienação ou locação ao processo de concorrência pública, como o faz o Decreto-lei n. 9760 de 5-9-1946, que dispõe sobre imóveis da União”. NASCIMENTO, Antônio Theodoro. *Preços, Taxas e Parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 24 e 26.

²⁰⁶ Além disso, conforme acrescenta o mencionado professor, o fato de serem angariadas com base no preço de venda dos hidrocarbonetos também não as desqualificaria como receitas originárias, levando em conta que, “mesmo no direito das obrigações, os direitos, *royalties*, franquias, aluguéis comerciais etc., poderiam ser contratados com base no produto das vendas ou faturamento”. FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”, cit., p. 36.

²⁰⁷ Como ensina o tributarista Hugo de Brito Machado, essa liberdade que tem o Estado de fixar o preço público, sem necessidade de lei para estabelecer os critérios de determinação do valor devido, corresponde à liberdade que tem o cidadão de utilizar, ou não, o respectivo serviço, de acordo com as suas conveniências. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433.

Já o professor José Marcos Domingues de Oliveira²⁰⁸, invocando os ensinamentos de Maria Alexandra de Sousa Aragão sobre o princípio do poluidor pagador (PPP), sustenta que tanto as participações governamentais da indústria do petróleo e gás quanto a CFEM teriam a natureza jurídica de um *crystalino preço financeiro*. Na tese de DOMINGUES DE OLIVEIRA, a problemática em tela demonstraria uma interligação entre o Direito Administrativo e o Direito Financeiro, a qual seria fundamentada pelo referido princípio geral de Direito Ambiental, mediante a constatação de que o meio ambiente apresentar-se-ia como um patrimônio público econômico, devendo a sua *utilização*, portanto, ser *valorada*. O instrumento para essa valoração seria justamente a figura do preço, traduzida aqui – isto é, na exploração de recursos naturais – pelos *royalties* e demais rendas minerárias/petrolíferas (bônus de assinatura, participação especial, pagamento pela ocupação ou retenção da área etc.), cuja previsão em Lei não retiraria essa natureza, porque seriam pagos como *contraprestação contratada*²⁰⁹.

Ademais, sustenta ainda que as participações governamentais, tal como os típicos preços, seriam regidas pelo princípio da justa remuneração, ou seja, os respectivos montantes deveriam ser fixados visando à justa retribuição do patrimônio público explorado. A contraprestação efetuada pelas empresas petrolíferas, entretanto, não se resumiria, exclusivamente, a uma dimensão financeira, pois também se deve levar em consideração os custos necessários para a recuperação ambiental da área explorada, em respeito aos ditames do PPP.²¹⁰

No plano internacional²¹¹, não obstante defender a natureza de taxa, José Casalta Nabais não desconsidera a alternativa de interpretar os *royalties* como genuínos

²⁰⁸ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – *government take*”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Estudos e Pareceres de Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁰⁹ Afirma ainda o mesmo autor que a determinação em lei dos *royalties* e demais participações governamentais atenderia “à certeza jurídica e à transparência da atividade financeira em área tão sensível”, não os retirando, portanto, a natureza de preço. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – *government take*”, cit., p. 503.

²¹⁰ “(...) se o Meio Ambiente é um patrimônio, um bem econômico, então a utilização dos recursos naturais deve ser valorada e ser objeto de um preço. Mas, na medida em que, ao ser dada destinação econômica aos bens da Natureza, esta se empobrece na sua pureza original (o que em última análise é poluição), há que se determinar que o agente dessa mutação, perda de qualidade ou perecimento arque com os custos respectivos”. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – *government take*”, cit., p. 503.

²¹¹ “One broad of view is that a royalty is payment for public owned wealth that is liquidated when minerals are extracted and sold. According to this view, the federal royalty is analogous to royalties often collected by private landowners. It is the price of in-ground minerals ie the mineral rent”. SCHANTZ Jr., Radford. “Purpose and Effects of a Royalty on a Public Land Minerals”, cit.

preços, haja vista entender figurarem como a contraprestação paga pelas companhias petrolíferas ao Poder Público, em virtude da *aquisição* do direito de propriedade sobre o óleo extraído (*bens móveis*), vislumbrando, sob essa perspectiva, a presença de um *Estado Proprietário*, ao invés de um *Estado Taxador*.²¹²

Em matéria de exploração de minérios, o Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), órgão com competência legal para arrecadar a CFEM, através da Instrução Normativa nº 6, de 09 de junho de 2000, conceitua a mesma como preço público, sem, no entanto, apresentar maiores informações sobre essa definição. No ano de 2007, a Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio da Procuradoria-Geral Federal – em consulta formulada pela Diretoria de Planejamento e Arrecadação (DIPAR), com vistas a uniformizar os procedimentos a serem adotados pelas Unidades Regionais do DNPM –, emitiu parecer afirmando que a Taxa Anual de Hectare (TAH)²¹³ e a CFEM seriam detentoras da natureza jurídica ora analisada. Ambas corresponderiam aos preços públicos pagos pelas sociedades empresárias mineradoras, respectivamente, pela pesquisa e pela exploração de bens do acervo da União, por isso estariam sujeitas ao sistema legal dessa modalidade obrigacional, a exemplo das normas referentes aos prazos decadencial e prescricional da Lei Civil.²¹⁴ Já no ano de 2010, em uma nova consulta da DIPAR, a AGU voltou a afirmar que a TAH seria um preço público; já quanto à CFEM, limitou-se a inseri-la no rol das receitas patrimoniais originárias, ou seja, não especificou a sua categoria.²¹⁵

²¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo (Coord.). *Direito do Petróleo*, cit., p. 264: “Tendo, porém, em conta que os *royalties* constituem a contrapartida, paga de resto por via de regra em espécie, pelas empresas petrolíferas pela aquisição a título definitivo aos Estados, seus titulares, de bens móveis constituído pelos barris de crude, parece mais rigoroso nem de taxas verdadeiramente se tratar, configurando-se ou aproximando-se antes de autênticos preços”. Manifestando-se, no mesmo sentido, em outra ocasião, deixou consignado o seguinte: “De resto, temos dúvidas que o exemplo de imposto em espécie apontado entre nós pelos autores citados – o imposto de produção (*royalty*) relativo à indústria extractiva de petróleo e outros minérios – constitua um (verdadeiro) imposto, pois estamos em crer que nos deparamos aí em rigor com uma taxa, ou mesmo um preço, não sendo o dito imposto mais do que uma contraprestação paga pelo concessionário pela exploração de um bem (do domínio) público econômico (esgotável)”. NABAIS, José Casalta. *Contratos Fiscais – Reflexões acerca de sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 148, nota de rodapé 433.

²¹³ Vale relembrar que a TAH constitui um dos deveres de pagamento decorrentes do ato administrativo que concede à empresa mineradora o direito de pesquisa mineral sobre bens da União.

²¹⁴ Parecer/PROGE nº 564/2007-RPM. Relator Procurador Federal Ricardo Mourão Pereira. Disponível: http://www.dnpm.gov.br/mostra_arquivo.asp?IDBancoArquivoArquivo=6547. Acesso em: 13/09/2013: “Com efeito, do acordo de vontades entre o particular e o Poder Concedente, surge a obrigação de pagar ao Poder Público a soma devida pelo bem pesquisado ou explorado. Aliás, estas obrigações nada mais são do que uma contraprestação pela transferência do serviço ou de um bem público para o exercício de particulares através de autorizações, concessões e permissões”.

²¹⁵ Parecer nº 003/2010-PROGE/DNPM-LGM. Relator Procurador Federal Leopoldo Gomes Muraro. Disponível em: http://www.dnpm.gov.br/mostra_arquivo.asp?IDBancoArquivoArquivo=6275. Acesso em: 13/09/2013.

De todas as razões expostas acima, emergem-se as seguintes indagações: uma vez que o preço público se revela, sob a ótica do direito brasileiro, uma obrigação resultante de contrato e submetida ao regime de Direito Privado, como os *royalties* petrolíferos poderiam ser enquadrados nesse tipo de receita originária, tendo em vista o seu dever de pagamento nascer de uma relação de Direito Público e ainda decorrer de legislação? Embora previstos em Lei, devem ser assim mesmo classificados, levando em conta a argumentação de SEIXAS FILHOS, somada aos entendimentos de outros autores que acreditam ser o *royalty* a contraprestação de uma prestação (barris de óleo) decorrente de um acordo de vontades, *ex voluntate*, entre o Estado e a empresa petrolífera? Interpretando o caso de outra maneira, à medida que a Constituição Federal prevê a dicotomia entre a propriedade da reserva petrolífera – outorgada à União – e a do resultado do petróleo extraído – garantido ao concessionário –, poderiam as rendas governamentais de tal extração serem interpretadas como decorrentes da *venda de um bem de titularidade pública* – hipótese em que pode haver a incidência de *preços* –, o que justificaria considerá-las como espécies desta modalidade obrigacional? Em termos globais, teria o princípio do poluidor pagador, direta ou indiretamente, alguma conexão com a origem jurídica da remuneração obtida pelos Estados Nacionais através da exploração e produção dos respectivos hidrocarbonetos? Ainda no contexto do dito princípio, o *royalty* teria natureza dúplice, isto é, consubstanciaria o preço atribuído ao recurso natural, de forma a atribuir-lhe destinação econômica, bem como um instrumento para promover a recuperação ambiental da área explorada?

3.1 Entendimentos doutrinários contrários

Leonardo de Medeiros Garcia, ao analisar a natureza jurídica da CFEM, também se utiliza dos ensinamentos basilares de Antônio Theodoro Junior, porém, ao contrário de Aurélio Pitanga Seixas Filho, para discordar da presente vertente. Para ele, não ocorreria, no caso, a configuração dos critérios necessários, para se enquadrar determinado pagamento como preço público, tendo em vista os seguintes motivos:

Em primeiro lugar, em virtude de as entidades beneficiárias da *compensação financeira* – Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da Administração Direta da União –, não serem proprietárias dos recursos explorados que originam a sua arrecadação, o que descaracterizaria *pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial* – tal como descrito

por THEODORO JUNIOR como um dos pressupostos do preço público. Em segundo lugar, por não se adequarem aos típicos *preços* fixados pelo Estado, os quais implicariam, via de regra, em pagamento do particular ao concessionário, e não em pagamento deste último ao Poder Público, o que, mais uma vez, afastaria a tese em discussão.²¹⁶

No mais, ao seguir a doutrina que sustenta ser a *lucratividade* intrínseca ao preço público, GARCIA não vislumbra essa característica na forma como é calculada a quantia devida a título de CFEM, pois, conforme palavras do próprio, “o valor da produção mineral – base de cálculo da Compensação – é estabelecido pelo mercado e não fixado unilateralmente, como ocorre, via de regra, com os serviços públicos concedidos”²¹⁷.

Já Bernardo Strobel Guimarães e Karlin Olbertz, tratando especificamente dos *royalties* do petróleo, também discordam da presente tese. No ponto de vista desses autores, como o montante devido sob aquela designação é dimensionado tendo por base a produção mensal petrolífera, bem como o preço de referência do respectivo campo, não teríamos aqui *compensação* ou *preço pelo uso de recursos*, pois, para tanto, seria necessário que eles fossem auferidos de acordo com *valores condizentes com o esgotamento desses mesmos recursos*, e não através do volume de óleo produzido por mês.²¹⁸

3.2 Posicionamento Jurisprudencial

A jurisprudência brasileira, embora tenha apontado a natureza patrimonial dos *royalties* e dos demais instrumentos participativos nos resultados da extração dos recursos naturais de ordem econômica, possui entendimento negativo quanto a especificá-los como preços públicos.

Podemos citar, como exemplo relevante, o acórdão proferido pela Quarta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na decisão dos Recursos de

²¹⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. “A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração mineral (CFEM) e o entendimento do STF sobre o assunto”, cit., p. 209.

²¹⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. “A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração mineral (CFEM) e o entendimento do STF sobre o assunto”, cit., p. 211.

²¹⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; OLBERTZ, Karlin. “Federação e *Royalties*”, cit., p. 53: “Em outras palavras, os *royalties* não representam o valor do recurso natural bruto, que é efetivamente o bem que a União tem a oferecer, mas a participação no resultado da exploração desses bem – ou seja, receita originária”.

Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.70.00.005618-0/PR, relatados pelo Desembargador Edgard Antônio Lippmann Júnior.

Nos autos do processo em epígrafe, discutiu-se qual seria a correta aplicação do prazo prescricional para cobrança da CFEM, entre outras questões que igualmente fogem do tema central desta dissertação, bastando, desse modo, apenas realçar o posicionamento do referido Tribunal sobre a natureza jurídica de tal receita, a qual inclusive norteou todo o julgamento.

Para a empresa mineradora impetrante, em breve síntese, a CFEM teria natureza *reparatória*, apelando, em virtude disso, pela suspensão dos efeitos da aplicabilidade do Manual de Procedimentos de Arrecadação e Cobrança do DNPM, com anulação do *animus* fiscalizatório dessa autarquia federal, assim como pela suspensão da aplicabilidade da prescrição de 10 anos prevista pelo referido Manual – previsão esta realizada com base no regime legal dos preços públicos –, requerendo o reconhecimento da prescrição trienal ou, alternativamente, quinquenal.

No entender do Relator, a CFEM constituiria *receita patrimonial (e não tributária) como ressarcimento pela exploração mineral*. Apesar de incluí-la no quadro das receitas originárias, não a compreendeu como *preço público*, delimitando este, tão-somente, como *contraprestação contratual de serviço público* – ou seja, não se pronunciou sobre a hipótese doutrinal relativa à incidência do mesmo como contrapartida pela exploração de bens ou produtos estatais. Sendo assim, considerou inaplicável à matéria a prescrição decenal consagrada no Código Civil – adotada, conforme destacado acima, pelo Manual de Procedimentos de Arrecadação e Cobranças do DNPM –, uma vez que a relação que dá origem ao crédito da prestação em causa encontraria apoio no Direito Público, porém não no ramo tributário²¹⁹, mas sim no administrativo.

Dessa forma, nos termos do voto do Relator, a Quarta Turma acordou, por unanimidade, aplicar ao caso – em função da natureza jurídica da CFEM como receita patrimonial, mas não da espécie preço público –, através do *princípio da simetria*, a prescrição quinquenal estabelecida no artigo 1º do Decreto 20.910, de 06 de Janeiro de 1932²²⁰, dando parcial provimento ao apelo da parte impetrante.²²¹

²¹⁹ Afastando, portanto, a aplicação das regras prescricionais constantes no Código Tributário Nacional, por entender que a CFEM não teria natureza jurídica tributária.

²²⁰ O Decreto nº 20.910/1932 prevê, em seu artigo 1º, que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual

Por outro lado, todavia, cumpre relembrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu outra renda mineral como preço público, mais precisamente a *taxa anual por hectare* (TAH), através do julgamento da ADI nº 2.586, conforme expusemos no item 2.2, Capítulo I, Parte II. Esse entendimento também foi adotado pela Advocacia-Geral da União e pelo próprio DNPM, demonstrado no item 3, Capítulo II, Parte II.

Logo, aplicando, concomitantemente, as duas orientações jurisprudenciais supramencionadas às participações governamentais da indústria petrolífera, poder-se-ia afirmar que os *royalties* e a participação especial – as CFEM do setor de petróleo e gás – seriam receitas patrimoniais, enquanto que o pagamento pela ocupação ou retenção da área – equivalente à TAH daquele setor – seria, especificamente, um preço público. Resta-nos a dúvida, diante deste contexto, em qual categoria seria encaixado o bônus de assinatura, se apenas na das receitas originárias, se na dos preços públicos ou, quiçá, em uma terceira modalidade.

Sendo assim, cumpre questionar: os *royalties* e demais participações governamentais constituiriam um grupo de rendas petrolíferas com naturezas distintas? Em caso positivo, quais naturezas seriam essas? Devem prevalecer os entendimentos dos autores citados no decorrer do presente estudo, os quais tratam tais participações como pertencentes a uma mesma natureza, ainda que com nuances híbridas – a exemplo de Daniel Braga Frederico (indenizatória – item 1, Capítulo II, Parte II) e de José Marcos Domingues de Oliveira (preço financeiro com caráter reparatório por perda ambiental – item 3, Capítulo II, Parte II)?

se originarem”. Por esse motivo, há quem afirme que, face ao princípio da isonomia, o mesmo entendimento deve ser aplicado para os créditos pretendidos pelos entes federados, isto é, ante a inexistência de regra própria e específica, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto 20.910/1932, já que a Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve exigir a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela.

²²¹ O acórdão foi lavrado da seguinte maneira: “DIREITO MINERÁRIO. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. NATUREZA JURÍDICA. PRESCRIÇÃO. DEDUÇÃO DO ICMS. - A cobrança de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) é prevista no art. 20, § 1º, da CRFB, constituindo-se em receita patrimonial da União. Não se trata, portanto, de preço público - contraprestação contratual por prestação de serviço público. Tratando-se de relação jurídica de caráter não-tributário com assento no Direito Administrativo, aplica-se-lhe, por simetria, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 1º da Lei n.º 20.910/32. - Para fins de desconto do ICMS da base de cálculo da CFEM, a teor da legislação de regência, há que se apurar o débito da empresa para com o Fisco Estadual de acordo com o que consta nos seus livros de escrituração contábil-fiscal, não podendo lançar-se à conta os créditos decorrentes de operações anteriores, na medida em que a tributação excluída é aquela que diz respeito exclusivamente à comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros (art. 2º da Lei n.º 8.001/90)”. TRF 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.70.00.005618-0/PR, Relator: Edgard Antônio Lippmann Júnior, Quarta Turma, DJU de 02/09/2008.

PARTE III

**ANÁLISE CRÍTICA DA NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES* DO
PETRÓLEO**

CAPÍTULO I

NÃO CONFIGURAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

Atualmente, dentro do universo tributário *stricto sensu*, assistimos à proliferação de inúmeras figuras com características sofisticadas e nuances mistas, sendo extremamente difícil inseri-las em uma das categorias já existentes e consolidadas. Apesar de toda a complexidade intrínseca ao fenômeno jus-financeiro dos *royalties* petrolíferos, não acreditamos que eles constituam mais uma dessas figuras. Embora haja na doutrina brasileira e internacional vozes respeitadas do Direito Tributário sustentando ser a sua natureza jurídica ora tributo da espécie imposto, ora tributo da espécie taxa, não podemos concordar com nenhuma dessas hipóteses, quer quanto ao gênero, quer quanto às espécies aventadas.

No exercício que fizemos na Parte II (Capítulo I, item 1), constatamos que, em uma primeira vista, os *royalties* possuem compatibilidade com cada elemento destrinchado do conceito de tributo, adotado pelo CTN do Brasil e consagrado pelos especialistas da área²²². Uma receita pública, entretanto, para se tornar apta a passar pelo teste conceitual tributário, precisa ser antes classificada como uma *receita derivada*, o que ocorre, conforme vimos na Parte I, quando for gerada pelos particulares e parcialmente transferida, em virtude do poder de império do Estado, aos cofres públicos. Diferentemente, se a receita for gerada, direta ou indiretamente, pelo próprio Governo, através do uso ou da exploração de bens do domínio público, assim como mediante o desenvolvimento de atividades econômicas, deve ser classificada como uma *receita originária*, o que implica em não haver tributo.²²³

Na presente situação, como o *royalty* nasce da efetiva exploração de recursos geológicos, cuja propriedade, em sistemas de *civil law*, pertence ao Estado Nacional, ele se aproxima mais do conjunto das receitas originárias²²⁴ que do conjunto

²²² NOVOA, Cesar Garcia. *El concepto de tributo*, 1ª ed. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2012.

²²³ A natureza financeira de uma receita pública como critério delimitador de sua caracterização como tributo não passou despercebida por Sérgio Vasques: “Os tributos públicos distinguem-se das receitas do patrimônio e das receitas do crédito pela sua natureza *derivada*, isto é, por serem receitas que não resultam da exploração da riqueza do próprio estado mas antes da participação do estado na riqueza gerada pelos particulares. E distinguem-se dessas receitas pela sua natureza *coactiva*, quer dizer, por resultarem de uma imposição ditada pelo estado e não por um acordo de vontade entre este e os particulares. Os tributos públicos representam, portanto, uma absorção involuntária da riqueza pelos particulares (...)”. VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 180.

²²⁴ No sentido de que as receitas geradas pela exploração de recursos naturais de propriedade pública constituem natureza originária patrimonial, vide JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*.

das receitas derivadas, pois o ente público se remunera a partir da geração de riqueza do próprio acervo patrimonial, e não constringendo – leia-se tributando – o patrimônio das empresas petrolíferas.

Por mais que a prestação em tela incida sobre o resultado do esforço de terceiros, isto é, sobre matérias-primas produzidas por aquelas empresas, através, por exemplo, de regime de concessão, essa produção e a receita decorrente dela não são provenientes do setor privado, mas sim do setor público. Logo, os *royalties* podem ser compreendidos como resultantes de uma *redução do patrimônio estatal*²²⁵, o que nos leva a não classificá-los como receitas derivadas. A dominialidade primária dos bens explorados e a forma como se é angariado o numerário em questão revela que o mesmo consubstancia um ingresso originário patrimonial, desviando-se, portanto, do caminho tributário.

A natureza financeira dos *royalties* do petróleo, então, afasta o *ius imperium* da compulsoriedade de seu pagamento, mas não só pelo motivo de uma receita obtida de maneira originária não comportar essa tipificação. De fato, todo dever jurídico é compulsório, independentemente de seu caráter específico – tributário, administrativo, contratual, obrigacional, entre outros. Não há aqui, contudo, uma compulsoriedade tipicamente tributária, pois o *royalty* não decorre do poder de autoridade do Estado nem corresponde a *uma obrigação gerada pela simples concretização de um pressuposto legal*²²⁶ – tal como os tributos –, mas antes a uma obrigação que, embora tenha por fonte a lei, necessita ser conjugada com uma expressão contratual.

No caso do Brasil, o artigo 177 do texto constitucional autoriza a União Federal a celebrar contratos de exploração e produção de petróleo com empresas estatais ou privadas, desde que respeitas as condições legais.²²⁷ Dentre estas, conforme estabelece a Lei 9.478/1997, figura a sujeição da empresa contratante ao pagamento de *royalties* em caso de extração petrolífera. Sendo assim, há a sua subordinação a um contrato (concessão, partilha de produção etc.), ainda que não se tenha liberdade alguma

3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 222; VILLEGAS, Héctor Belissario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 9ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 65; RUBINSTEIN, Flávio. In: CONTI, José Mauricio de (Coord.). *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

²²⁵ VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 183.

²²⁶ FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, cit., p. 301.

²²⁷ Art. 177. *Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (...) § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995).*

quanto à modificação de suas diretrizes e de seus elementos essenciais, por constituírem uma obrigação *ex lege* (e não *ex voluntate*).

Dessa forma, resta claro que a obrigatoriedade de tais prestações, diferentemente dos impostos e das taxas, não é proveniente de coatividade estatal, mas sim da própria lei e da permissão do Estado para retirada de recursos do domínio público.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal acertou, ao afastar a vertente fiscal da natureza jurídica dos institutos financeiros criados com fundamento nos mecanismos previstos pelo parágrafo primeiro do artigo 20 da Constituição Federal brasileira, sob o argumento de que “o tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira”.²²⁸

Portanto, concluímos que o conceito legal e doutrinário de tributo não foi concebido com o propósito de englobar toda e qualquer receita pública que seja compatível com os seus elementos – nomeadamente: obrigação pecuniária, veiculada por lei, proveniente de fato lícito, instituída pelas entidades de direito público e cobrada pela Administração –, mas apenas as que forem previamente qualificadas como *derivadas* da atividade financeira coercitiva do Estado, ainda que uma prestação angariada de forma *originária* contenha todas as características recortadas pelo legislador como inerentes às figuras tributárias²²⁹ – como é o caso do *royalty* (apesar do caráter obrigatório de sua prestação não ser autoritariamente determinado).

Com efeito, a natureza financeira do instituto delimita a aplicação do regime fiscal, mas, ainda que se queira ignorar esse pressuposto, outros fatores negariam aos *royalties* a principiologia tributária atinente aos impostos e às taxas, como veremos, separadamente, a seguir.

1. *Royalties* não são impostos

Na regra geral, o *Estado Fiscal* se financia através de uma participação financeira que é exigida dos cidadãos, em virtude de eles exercerem uma atividade econômica vinculada à liberdade. O principal suporte de seu financiamento global é

²²⁸ STF, RE nº 228.800, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 16/11/2001.

²²⁹ “(...) o fato de o Estado tomar das pessoas determinada soma em dinheiro, e de o fazer compulsivamente, por força de lei, não é o bastante para conferir natureza tributária a tal fenômeno”. STF, RE nº 148.754, Rel. Ministro Carlos Mário Velloso, DJ de 04/03/1994.

constituído por uma figura tributária denominada imposto. Trata-se de um tributo unilateral que o Estado impõe, enquanto administrador de uma Nação, às pessoas que podem suportá-lo, por revelarem a capacidade contributiva apropriada, adquirida em um quadro livre fornecido pela economia de mercado.

O *Estado Petrolífero*, entretanto, pela via da figura protagonista do presente estudo, não se remunera, conforme os termos escritos acima, isto é, através dos resultados positivos que os agentes econômicos e privados obtêm no decorrer de suas atividades, mas sim através da extração, ainda que delegável, de um recurso natural próprio e esgotável. Quando falamos em *royalties*, estamos, essencialmente, a falar de uma das formas das entidades públicas auferirem rendas mediante a exploração e a produção de bens, sob os quais exercem a propriedade originária, passíveis de produzir riquezas (fazendo remissão, mais uma vez, à natureza financeira dessas receitas).

Tal instituto, portanto, não tem por sustentáculo um Estado Fiscal, à medida que a sua estrutura não se baseia na tributação do rendimento empresarial das petrolíferas. Em outros dizeres, o *royalty* não é mensurado tendo por base a principiologia da capacidade contributiva, que, conforme realçado acima, precisa ser observada pelos impostos, no sentido de que o sujeito passivo deve pagá-los de acordo com a riqueza obtida em uma economia assente na liberdade. Diferentemente, guarda relação com a parcela de um bem produzido por uma atividade especial, dependente de concessão estatal, desenvolvida em um cenário diverso dos tradicionais sistemas de livre iniciativa, não apontando para o poderio econômico das empresas que estão sujeitas ao pagamento do mesmo.

As etapas de um projeto petrolífero – embora este figure no rol de um dos ramos empresariais mais lucrativos do mundo – são sinônimas de altos níveis de riscos e de vultosos investimentos, os quais, por conseguinte, implicam em elevados encargos financeiros para os *players* desse setor. Os *royalties* estão inseridos nesse contexto, tendo em vista que as suas alíquotas podem variar de acordo, por exemplo, com os riscos geológicos e as dificuldades técnicas de cada campo, além de incidirem, geralmente, sobre a receita bruta proporcionada pela venda do óleo produzido. Todos esses motivos levam a crer que eles correspondem a um custo para realizar negócios, até porque, na generalidade dos ordenamentos, são dedutíveis do rendimento tributável das *international oil companies*.²³⁰

²³⁰ Neste sentido, vide KAISER, Mark J.; PULSIPHER, Allan G.. *Fiscal System Analysis: Concessionary and Contractual Systems Used in Offshore Petroleum Arrangements*. U.S. Department of the Interior,

Com efeito, o *royalty* tende a ser sempre o primeiro esquema a ser imputado sobre a produção, o que significa dizer que ele não olha para os dispêndios implementados (ônus operacionais, depreciação de ativos, amortizações) – os quais podem ser, a depender das particularidades dos sistemas em que se façam presentes, posteriormente deduzidos em sede de imposto de renda –, bem como não apontam para os lucros decorrentes dos projetos às multinacionais.

Há casos em que só o Estado pode sair ganhando, exemplificativamente quando o valor monetário da *quota-parte* de petróleo assegurada à *IOC* não cobre as despesas incorridas em sua extração, por isso há regimes que, visando ao equilíbrio financeiro contratual, permitem a redução dos percentuais dos *royalties*, quando essas situações são previstas pelas empresas com antecedência²³¹ – mais uma circunstância que, apesar de apresentar-se excepcionalmente, também comprova que essas prestações não são exigidas em conformidade com a capacidade contributiva dos operadores do setor apreciado.

Enfim, para ter a natureza jurídica de um verdadeiro imposto, o instrumento remuneratório em pauta deveria ser ajustado a um fato revelador da riqueza das empresas produtoras dos barris de óleo, no entanto, ao incidir, na maior parte das vezes, sobre a unidade (*royalties* fixos) ou sobre o valor da produção (*royalties ad valorem*) de petróleo líquido²³², com o intuito de reservar a correspondente parte do ente público titular do poço em causa, afigura-se antes como uma imposição patrimonial, em vez de uma posterior imposição coativa fiscal.

Ademais, sem ter a pretensão de adentrar nas intensas discussões acerca da matéria arrecadável dos tributos, vale ressaltar que seguimos a doutrina que defende que a prestação de um imposto só pode ser caracterizada como pecuniária, não sendo

Minerals Management Service, Gulf of Mexico OCS Region, New Orleans, 2004, p. 5: “*The royalty is normally a percentage of the gross revenues of the sale of hydrocarbons and can be paid in cash or in kind. Royalty represents a cost of doing business and is thus tax-deductible. Other deductions typically include operating cost, depreciation of capitalized assets, and amortization. The revenue that remains after the fiscal cost has been deducted is called taxable income*”.

²³¹ Nesse sentido, veja-se o sistema da Venezuela.

²³² Existem outros mecanismos, para determinar a quantia devida ao Estado a título de *royalty*, como o *Earnings Before Interests and Taxes (EBIT)*. Trata-se de um indicador de análise econômica e financeira que, como o próprio nome já define, revela o lucro do projeto antes da incidência de juros e impostos. Por exemplo, no regime da África do Sul, instaurado em março de 2010, os dois fatores essenciais para o cálculo dos *royalties* são as vendas brutas e o *EBIT*, sendo o respectivo valor pago semestralmente e dedutível para fins de imposto de renda. Cfr. Ernst & Young, “Global oil and gas tax guide”, 2013, p. 484.

Disponível em: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2013_global_oil_and_gas_tax_guide/\\$FILE/EY_Oil_and_Gas_2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2013_global_oil_and_gas_tax_guide/$FILE/EY_Oil_and_Gas_2013.pdf). Acesso em: 05/11/2013.

possível se apresentar em espécie ou como uma obrigação de fazer ou não fazer algo.²³³ Esse argumento, todavia, por si só, não tem o poder de renegar a tese da natureza jurídica de imposto dos *royalties*, pois, embora o seu pagamento possa ser efetuado tanto em pecúnia quanto *in natura*, quando pago desta última forma, muitas vezes, há o seu convertimento em dinheiro por intermédio de uma estatal petrolífera ou de uma agência nacional reguladora, em momento anterior ao efetivo repasse ao Governo titular da mesma.²³⁴

No caso específico do Brasil, para além das exposições tecidas acima e no item 1, Capítulo I, Parte II, devemos ressaltar que a figura do imposto não está vinculada a nenhuma prestação oferecida pelo Poder Público ao contribuinte. Os respectivos valores arrecadados, tendo por base o princípio constitucional da capacidade contributiva, destinam-se ao atendimento das necessidades públicas gerais, tais como as relativas aos serviços públicos indivisíveis. A competência privativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para instituí-lo encontra-se delineada nos artigos 153, 155 e 156 da Lei Maior, os quais, no entanto, não preveem como hipótese de incidência a produção de hidrocarbonetos.

Apesar do *royalty* também se encaixar no conceito de imposto consignado no artigo 16 do CTN – por se apresentar como uma obrigação pecuniária cujo fato gerador não está diretamente associado a uma atividade estatal, mas tão-somente a um comportamento da empresa petrolífera –, não deve ser classificado como tal, em virtude da simples pré-condição de não estar habilitado a trilhar o percurso tributário, uma vez que se caracteriza antes como uma receita originária, e não derivada.

Por fim, o caminho adotado pelo legislador infraconstitucional, para cumprir os mandamentos inscritos no parágrafo primeiro do artigo 20 da Constituição Federal, relacionados à instituição de uma *participação nos resultados* da exploração de petróleo ou *compensação financeira* por essa exploração – considerado, por isso, a matriz dos

²³³ Como bem acentua Sérgio Vasques, “ao caracterizarmos o imposto como uma prestação *pecuniária* queremos dizer que ele constitui uma obrigação de *dare pecunia*, isto é, que deve ser satisfeita através de um pagamento em dinheiro ou meio equivalente, não podendo satisfazer-se através de entrega em espécie nem de um qualquer comportamento de *facere* por parte do sujeito passivo”. VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 182.

²³⁴ Em Angola, como já antecipamos no Capítulo I da Parte II, o *royalty* (*imposto sobre a produção de petróleo*) pode ser pago *in natura*. Neste caso, a empresa petrolífera deve transferir uma parte do petróleo ou gás natural produzido para a Sonangol (NOC angolana), que, por sua vez, deve realizar a venda desses hidrocarbonetos e repassar a correspondente receita arrecadada para os cofres públicos do Governo. Assim, no final das contas, o *royalty* acaba por transformar-se em uma prestação pecuniária. Para maiores informações sobre este regime, vide SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Taborba da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*, cit., pp. 385 a 445.

royalties no direito brasileiro –, revela que a sua intenção não foi a de instituir um imposto, senão vejamos:

A Lei nº 9.478/97, de natureza ordinária, não só instituiu os *royalties*, como regulamentou o núcleo de seu regime jurídico. Sendo assim, partindo de algumas das premissas dos autores mencionados no item 1.1, Capítulo I, Parte II, haveria violação ao texto constitucional. Adotando, todavia, a lógica de CARRAZA, toda a sua matéria – desde a determinação do núcleo (fato gerador, base de cálculo e sujeito passivo) até a instituição em si – deveria ter sido subordinada à reserva de lei complementar. Como os *royalties* não estão presentes na lista taxativa de impostos de *competência privativa* da União (mas sim no artigo que discrimina os bens de sua titularidade), eles tão-somente encontrariam legitimidade no campo da *competência residual* dessa entidade (art. 153 c/c art. 154, I, ambos da CF/88).

Já aplicando o entendimento de XAVIER, apenas o momento da definição dos contornos principais da figura jurídica em causa deveria ter sido realizado por lei complementar, pois uma lei ordinária não seria um *instrumento constitucional idôneo*, para definir os caracteres essenciais do imposto denominado “royalties”. Assim, a atuação do legislador ordinário deveria ter sido restrita ao momento da instituição dos mesmos, e não ter se estendido ao momento da determinação dos respectivos elementos essenciais, matéria que exige legislação complementar.

2. Royalties não são taxas

No quadro clássico, o *Estado Taxador* se financia através da exigência de taxas, cuja estrutura assenta na bilateralidade e na proporcionalidade. Percebemos que um tributo tem caráter bilateral, se o correspondente contribuinte provoca ou recebe uma contrapartida específica da entidade pública. Independentemente do motivo instituidor da taxa – se em razão de provocação ou recebimento de benefício –, deve haver um equilíbrio entre o que se paga e o que se recebe, ou seja, a sua medida deve ser proporcional à contraprestação administrativa, embora, assim como toda e qualquer espécie tributária, tenha a finalidade de angariação de receitas.

Também aqui não vemos como o *Estado Petrolífero*, mediante a cobrança de *royalty*, possa ser remunerado da forma supramencionada, pois tal instrumento, embora visto e tratado, por muitos doutrinadores, a partir de um ângulo contraprestacional, não reflete a bilateralidade e a proporcionalidade típicas das taxas.

Trata-se apenas de uma ferramenta *não* tributária utilizada pelo ente estatal para exigir uma remuneração das *IOC*, em virtude desta obter frutos a partir de uma fonte pública, representada pelas reservas petrolíferas do país. Ademais, a prestação em tela não é arrecadada tendo em consideração os custos incorridos ou os lucros obtidos com a produção das substâncias oleosas, isto é, não é dimensionada proporcionalmente aos gastos efetuados ou ao aproveitamento auferido pelos operadores econômicos do setor em tal produção. Muito pelo contrário, conforme já destacamos no item supra, os *royalties* ignoram tanto as despesas quanto os rendimentos associados aos projetos petrolíferos realizados com êxito. Não temos, neste caso, a relação de troca *própria* das taxas, mas sim dois direitos distintos, satisfeitos mediante uma *partilha* (desproporcional) *dos resultados* (brutos).

Nomeadamente no Brasil, como destacado na Parte II (Capítulo I, item 2.1), um tributo da espécie taxa pode ser instituído por todas as entidades federativas – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios –, desde que exercitem poder de polícia ou realizem serviços públicos essenciais, prestados em termos específicos e divisíveis ao contribuinte, ou apenas colocados ao seu dispor. Constata-se, assim, que aquela espécie tributária, do ponto de vista do direito brasileiro, pressupõe, necessariamente, uma atuação estatal vinculada diretamente à pessoa tributada. A quantia angariada ao seu pretexto deve estar atrelada, de forma equilibrada, ao valor desembolsado pelos administradores, uma vez que esta categoria de tributo tem por finalidade a arrecadação de quantias para o atendimento da despesa pública relacionada ao desempenho dos atos fiscalizatórios ou à prestação daqueles serviços.

Os *royalties* previstos pela legislação brasileira, todavia, não apresentam estrutura sinalagmática de contrapartida por serviço público prestado ou disponibilizado pela Administração nem, muito menos, por exercício do poder de polícia. A situação fática adotada pelo regime daquela ferramenta remuneratória não diz respeito à atividade da União, mas sim a um comportamento da concessionária: a produção de petróleo ou gás natural a partir de campos do domínio federal. Não existe, desse modo, correlação alguma entre as bases de cálculo das taxas – custos do desempenho regular do poder de polícia e da prestação de serviços – e aquela dos *royalties* – rendimento bruto dos hidrocarbonetos produzidos.

A questão se mostra mais complexa em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do português, os quais contemplam *taxas pela utilização de bens do domínio público*. Poder-se-ia cogitar, em um primeiro momento, inserir os *royalties* do petróleo

nessa modalidade tributária, por estarem associados à exploração de bens pertencentes à dominialidade estadual – como efetivamente fizeram os autores citados no Item 2, Capítulo I, Parte II. Data vênia, em um segundo momento, essa hipótese há de ser refutada, já que a efetiva extração petrolífera não se relaciona com o enfoque da *utilização* apontada, ou seja, com o requisito da configuração de um *aproveitamento especial* por parte do sujeito passivo da relação jurídico-tributária ensejadora dessa taxa, tendo em vista algumas razões, citadas a seguir.

A utilização, para ocasionar a cobrança da taxa mencionada, deve estar associada ao *uso privativo* de um *bem imóvel* integrante do patrimônio público, contanto que tal uso não leve ao desaparecimento desse bem nem sequer implique em prejuízo à sua *manutenção ou permanência*²³⁵. Os *royalties*, entretanto, são imputados sobre a quantidade/valor dos *bens móveis* (barris de óleo) produzidos pelas *IOC*, e não sobre os bens imóveis (jazidas petrolíferas) utilizados (explorados) do Estado. Ademais, envolvem um recurso natural fóssil, cuja exploração – em razão de ser realizada, na maior parte das vezes, veloz e intensamente – torna-o um recurso não renovável e, desse modo, esgotável, sendo o produto dessa exploração extremamente consumível, ou seja, também exaurível.

Assim, ainda que as taxas brasileiras, para além do exercício do poder de polícia e da prestação de serviços, pudessem ter como pressuposto a utilização de um bem do domínio público, os *royalties* não poderiam ser regidos pela disciplina jurídica dos tributos bilaterais ora renegados, principalmente porque a respectiva hipótese de incidência não descreve um ato de *utilizar*, mas de *produzir bens móveis*, o qual, por sua vez, está ligado à noção de esgotamento.

Acima de todos esses fatos, da interpretação sistemática dos artigos 20, inciso IX, e 176, caput, ambos da Constituição Federal, conclui-se que o produto mineral extraído, alvo da incidência das prestações em tela, torna-se de titularidade das empresas concessionárias. Logo, inexistente uma relação de uso/utilização, mas sim duas relações de propriedade distintas: (i) a União como titular dos campos petrolíferos e (ii) as concessionárias como proprietárias do petróleo que conseguiram extrair de tais campos.

²³⁵ Como ressaltado, inclusive, pelo próprio CASALTA NABAIS em sua colaboração na obra ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo (Coord.). *Direito do Petróleo*, cit., p. 247: “no referente às taxas devidas pela utilização de bens do domínio público, é de assinalar que as mesmas respeitam a bens públicos imóveis cuja utilização não põe em causa a sua manutenção ou permanência e não relativamente a bens que, por serem ou darem origem a bens consumíveis, se esgotam, como são os recursos minerais”.

Deve-se evitar, portanto, o uso da terminologia *utilização*, pois, embora seja empregada por alguns autores como sinônimo de *extração*, não é rigorosamente a mais adequada, para tratar especificamente do presente tema em seu sentido legal.

Em síntese, se no âmbito tributário, por um lado, os *royalties* não podem ser equiparados aos impostos, em razão, sobretudo, de não nascerem sob a expressão da capacidade contributiva do sujeito passivo da respectiva relação jurídica, de outro, eles também não podem ser equiparados às taxas, tendo em vista, principalmente, que o seu montante não é dimensionado com base no princípio da proporcionalidade, o qual deve estar obrigatoriamente presente no alcance dos *tributos comutativos*.

É de rechaçar, portanto, a ideia de que os *royalties* do petróleo possuem natureza jurídica de imposto ou de taxa, quer no Brasil, quer nos demais Estados Petrolíferos.

CAPÍTULO II

CONFIGURAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICA NÃO TRIBUTÁRIA

Conforme verificamos no capítulo anterior, os *royalties* do petróleo possuem natureza jurídica eminentemente não tributária, pois se apresentam como receitas originárias, vinculadas à exploração do patrimônio do Estado, o que os impede de serem enquadrados no regime fiscal. Essas considerações, desde logo, também excluem a hipótese de classificá-los como de índole indenizatória, já que as indenizações, assim como os tributos, são espécies de receitas derivadas.

Ainda que se intente desconsiderar os preceitos da doutrina financista, os *royalties* continuarão não possuindo correlação com o universo indenizatório ambiental ou com qualquer outra noção ligada à ideia de perda, como mostraremos a abaixo, no item 1.

O estudo das normas de direito posto que regem a prestação pecuniária em questão também revela que não se pode equipará-la a uma preço público, embora este, igualmente, faça parte do rol das receitas originárias, consoante explicaremos no item 2. Prevalece, portanto, tão-somente a corrente patrimonial, por ser a que melhor se adapta à realidade ora analisada, pelos motivos que serão expostos no item 3.

1. *Royalties* não são indenizações

Data vênia, embora seja uma das correntes doutrinárias mais difundidas entre os juristas e tribunais brasileiros, não podemos concordar com a qualificação da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo como indenizatória. De fato, a exploração de recursos naturais *não renováveis* pode provocar a extinção dos mesmos, além de ser capaz de gerar, independentemente da circunstância de eventos danosos²³⁶, inúmeros efeitos *negativos* ao Estado Nacional em que é exercida.

A figura do *royalty*, histórica e juridicamente, nada se relaciona com esse panorama. Muito pelo contrário, em termos globais, desde a sua origem, ela se apresenta apenas com a finalidade de assegurar que o dono de determinado recurso participe dos resultados *positivos* decorrentes da exploração de tal recurso por terceiros.

²³⁶ Tais como a própria ocupação do espaço alvo de exploração, modificações de temperatura da água e do solo, perda local da biodiversidade, impactos paisagísticos, entre muitos outros.

Dessa forma, acreditamos ser mais coerente associá-la a uma noção de benefício ou proveito, em vez de prejuízo ou perda de ordem patrimonial, ambiental, social e econômica.

Ademais, cabe à soberania do Estado titular dos hidrocarbonetos a decisão de extraí-los – visando, por exemplo, a angariar receita e a atender à demanda energética local ou mundial –, assim como a de preservá-los *in situ* – descrita como *opção zero*²³⁷. Sendo assim, caso se decida pela extração, não vemos como a remuneração estatal daí advinda possa ser considerada como uma indenização ou compensação, pois, além de representar um objetivo concretizado de majoração das finanças públicas, a sua fórmula de cálculo nem sequer leva em conta a ocorrência de danos ou impactos, mas sim a quantidade de petróleo efetivamente produzida pelas multinacionais.

Por esse motivo, acreditamos ser o *royalty*, essencialmente, uma ferramenta de aproveitamento econômico do recurso, e não de controle ambiental da atividade extrativa, uma vez que é totalmente indiferente para a sua obrigação de pagamento exsurgir o acontecimento de malefícios.

A experiência internacional no ramo petrolífero, marcada por uma série de catástrofes ecológicas e ambientais – a exemplo dos acidentes ocorridos no Golfo do México, nos Estados Unidos, em 2010, e na Bacia de Campos, no Brasil em 2011 –, revela a necessidade de consolidação de técnicas jurídicas voltadas à preservação da natureza e do equilíbrio ecossistêmico das áreas exploradas *onshore* ou *offshore*.

É de fundamental importância, portanto, a manifestação da face ambiental do Estado nas operações de prospecção e extração de petróleo sob seu domínio, estabelecendo, sobretudo, um nível elevado de proteção do meio ambiente em todas as fases do processo exploratório, o qual venha a permitir, tão-somente, intervenções seguras e sustentáveis. Paralelamente, faz-se necessário a imposição de adoção de *standards ambientais* e das melhores técnicas disponíveis, atrelados às *boas práticas da*

²³⁷ A exemplo da proposta elaborada pelo Equador de não explorar os respectivos campos de petróleo localizados no Parque Nacional Yasuní, desde que recebesse em troca apoio financeiro internacional para o desenvolvimento de projetos ambientais no país, como forma de compensar a renda petrolífera renunciada. Para maiores detalhes veja-se Damonte, Gerardo. “ECUADOR’S YASUNÍ-ITT: RETHINKING THE CONSERVATION VS. EXTRACTION DILEMMA”. In: *ELLA Theme: Extractive Industries and Land Use. Evidence and Lessons from Latin America*, 2012. Disponível em: http://r4d.dfid.gov.uk/PDF/Outputs/ELLA/120316_ECO_ExtIndLanUse_BRIEF4_0.pdf. Acesso em: 09/11/2013.

indústria petrolífera (lex petrolea), para minimizar os impactos considerados aceitáveis e evitar maiores danos.

Asseveramos, contudo, mais uma vez, que o *royalty*, tendo em vista a forma como está positivado na legislação brasileira e na generalidade dos ordenamentos jurídicos de outros países petrolíferos, não constitui a via por que o *Estado Constitucional Ecológico* ou *Estado de Direito Ambiental* se manifesta no setor em causa. Para tanto, o contexto jurídico existente no Brasil, para regular a relação entre o Poder Público e as empresas exploradoras de petróleo, conta com princípios, normas e instrumentos específicos, a exemplo além do basilar *princípio do poluidor pagador*, da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) – apoiada pelo Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) –, da responsabilidade civil (objetiva) e ambiental, entre outros, objetivando tanto prevenir ou precaver degradações quanto amparar a Comunidade no caso de uma ocorrência danosa.

Já tivemos, inclusive, a oportunidade de estudar, em outra ocasião, o instituto da responsabilidade civil aplicado às atividades petrolíferas²³⁸, quando constatamos que os operadores econômicos atuantes no setor de petróleo e gás são responsáveis pela ocorrência de quaisquer danos ao meio natural, independentemente da configuração de dolo ou culpa.²³⁹ O ordenamento brasileiro, tendo por base a *teoria do risco integral*²⁴⁰, estabelece uma *responsabilidade civil objetiva agravada* de reparar

²³⁸ CAVALCANTI, Caio César Torres. “Responsabilidade civil por dano ambiental causado pela atividade petrolífera - Uma análise a partir do Caso Chevron e da sua repercussão no projeto de distribuição dos royalties do petróleo”. In: *Revista Fórum de Direito Civil*, v. 1, p. 55-72, 2012.

²³⁹ Segundo a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, ou seja, encontra seu fundamento no risco, conforme dispõe o § 1º de seu art. 14, a seguir: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”; Já o Código Civil, em respeito ao Princípio nº 13 da Declaração do Rio, prevê, em seu art. 927, tratamento diferenciado para as atividades que possam causar danos a terceiros, prevendo uma responsabilização sem a necessidade da aferição de culpa, conforme os termos seguintes: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁴⁰ De acordo com Silvio Rodrigues, “A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele”. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11; Maria Helena Diniz, por seu turno, ensina que na responsabilidade civil objetiva “é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência donexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e ação do agente para que surja o dever de indenizar”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 120 e 121.

um dano dessa espécie, devendo os poluidores ser responsabilizados por todos os riscos e encargos de sua atividade econômica.²⁴¹ A União Federal e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), na qualidade de Poder Concedente, poderão, todavia, ser *responsabilizadas subsidiariamente*²⁴², mas só nos casos em que as *IOC* não possuírem recursos financeiros suficientes para arcar exclusivamente com a reparação do dano.²⁴³

Há ainda na doutrina ambiental quem defenda, também na hipótese de falta de capital do agente poluidor para a requalificação do ambiente, a *responsabilização solidária* dos outros agentes que exerçam a mesma atividade. O caráter solidário da responsabilização também pode se configurar, quando o dano ocorrer em estrito cumprimento dos termos da licença ambiental. Nesse caso, o órgão incumbido pelo licenciamento da atividade pode ser corresponsabilizado.²⁴⁴

Qual a relevância dessas considerações para o tema ora estudado no contexto do dilema brasileiro? Os Estados-membros nem os Municípios produtores de petróleo não devem suportar, através das respectivas quotas-parte de *royalties*, o ônus da prevenção e reparação de um dano ao meio ambiente provocado pela indústria petrolífera, mas sim as multinacionais atuantes no setor.²⁴⁵ Em todas as hipóteses de responsabilização ora apresentadas e consagradas pela doutrina e legislação vigente, em nenhuma delas as entidades produtoras são englobadas. Quando existe a possibilidade

²⁴¹ Sobre a questão, Maria Alexandra de Sousa Aragão se posiciona no seguinte sentido: “Para que alguém sofra uma consequência jurídica de um facto danoso que não está dependente de sua vontade (dolosa, ou sequer negligente), e que ela não domina, é a ideia de que essa pessoa criou circunstâncias que provavelmente vão dar origem ao dano, ou de que essa pessoa lucra ou se beneficia de algum modo desse facto”. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do Poluidor Pagador – Pedra angular da política comunitária do ambiente*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 141.

²⁴² Cfr. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 998-999.

²⁴³ Uma hipótese pouco provável de acontecer, pois, devido à lucratividade das atividades petrolíferas, as *IOC* figuram no ranking das empresas com maior poder econômico do mundo.

²⁴⁴ De acordo com este entendimento, dispõe Paulo Affonso Leme Machado: “Para compelir, contudo, o Poder Público, a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar, e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. In. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 321 e 322.

²⁴⁵ A questão ganhou *status* constitucional a partir do art. 225, § 3º, da Lei Maior, o qual estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Como se pode observar neste dispositivo, existem outras medidas, tanto na esfera penal quanto na administrativa, para responsabilizar os agentes poluidores, como as utilizadas logo após o acidente causado pela *Chevron* na Bacia de Campos, quando o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) aplicou duas multas àquela petrolífera no valor total de R\$ 60 milhões, sendo a primeira de R\$ 50 milhões – valor máximo previsto para penalidades administrativas aplicadas pelo referido órgão ambiental –, em função do lançamento de óleo no mar e da falta de equipamentos para contorná-lo. Já a segunda multa de R\$ 10 milhões se referiu ao descumprimento de condições previstas na licença ambiental.

de responsabilização solidária ou subsidiária do Poder Público, há de forma ampla, atingindo a União como um todo ou os órgãos responsáveis pelo licenciamento da atividade de exploração dos recursos minerais.²⁴⁶

Ora, se a *international oil company* tem de suportar os custos da requalificação ambiental, caso ocorra um desastre em uma plataforma petrolífera, imaginando que há, efetivamente, prejuízo para atividades econômicas impedidas em zonas poluídas (pesca, turismo nacional etc.), não faz sentido, então, o tal argumento levantado pelo Estado do Rio de Janeiro e demais entes produtores, impulsionados no sentido de que o conceito-chave do *royalty* seria o da compensação. Como há o poder de exigir, para além dos *royalties* devidos, uma compensação da própria empresa responsável pelo dano, imputando-lhe o ônus sobrevivendo dos custos ambientais e sociais, entendemos que o *critério do risco ambiental* não é um obstáculo para que toda a Nação brasileira possa ser beneficiada com uma repartição mais equânime das receitas petrolíferas. Discordamos, portanto, das orientações jurisprudenciais que percorrem o caminho da indenização.

No mesmo sentido, não deve prevalecer o argumento de que os *royalties* apresentariam caráter indenizatório devido à necessidade das entidades produtoras terem um dinheiro reservado, para contornar ou minimizar os efeitos decorrentes de eventuais acidentes, os quais, face à sua complexa condição de remediação, ficam ainda mais difíceis de serem reparados com o passar do tempo, não podendo, então, aguardar o trâmite judicial de uma ação de responsabilidade civil. Em primeiro lugar, isso não guarda nenhuma relação com a essência do instituto em causa. Em segundo lugar, o Direito Ambiental do Petróleo, tendo por base o princípio do poluidor pagador²⁴⁷, também já conta com inúmeros mecanismos financeiros imputáveis às companhias

²⁴⁶ De acordo com matéria publicada, em 14/09/2013, pela Folha de S.Paulo: “A petroleira americana Chevron assinou ontem Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público Federal do Rio para encerrar ações judiciais que somam R\$ 40 bilhões pelo vazamento de petróleo no campo de Frade, na bacia de Campos, em novembro de 2011. A empresa terá que pagar R\$ 95,2 milhões e realizar outras compensações ambientais e socioambientais, como ajuda a pescadores prejudicados. No total, vazaram 3.700 barris (588,3 mil litros) de petróleo na região. As ações civis que serão anuladas foram impetradas pelo Ministério Público Federal de Campos do Goytacazes, município próximo ao local do acidente. Uma outra ação, criminal, foi rejeitada. De acordo com o TAC, a companhia norte-americana também terá que monitorar permanentemente um segundo vazamento no mesmo campo, em março de 2012. Este acidente é de menor proporção e sem relação comprovada com o primeiro, mas há liberação de resíduos de petróleo até hoje”. “Chevron faz acordo de R\$ 95 mi, 2 anos após vazamento”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/128990-chevron-faz-acordo-de-r-95-mi-2-anos-apos-vazamento.shtml>. Acesso em: 08/11/2013.

²⁴⁷ Veja-se também considerações sobre esse princípio no item a seguir.

petrolíferas para estes fins, tais como seguros ambientais obrigatórios²⁴⁸, garantias financeiras, fundos, cauções, entre outros²⁴⁹, apesar de ainda não terem sido, ao contrário de outros ordenamentos²⁵⁰, positivados pela legislação brasileira.²⁵¹

Quanto aos outros problemas suscitados, que justificariam a natureza indenizatória dos *royalties*, é bem verdade que a instalação da indústria petrolífera em determinado ente subnacional exige um esforço financeiro maior do correspondente Governo, traduzido, por vezes, em gastos extraordinários, para atender à população que imigra em busca de emprego e melhoria da qualidade de vida, aumentando, conseqüentemente, a demanda por serviços públicos essenciais. Por outro lado, todavia, é evidente que esse mesmo ente também passa a arrecadar mais impostos e outras espécies fiscais e financeiras em geral, o que, em certa medida, acaba por equilibrar as

²⁴⁸ Cumpre acentuar que, no Brasil, há mais de vinte anos se discute a necessidade de instituição de seguros ambientais específicos. Hoje em dia, todavia, os riscos ambientais permanecem no contexto de coberturas acessórias em apólices de responsabilidade civil de riscos industriais. Assim, o dano ambiental como objeto principal da cobertura de um seguro ainda é raro no país, limitando-se, na maioria dos casos, a situações de poluição súbita ou acidental. São também difíceis de serem encontrados no mercado segurador brasileiro produtos que englobem riscos de poluição gradual, que corresponde àquela contaminação que decorre de um ou mais fatos geradores e que só é percebida após algum tempo. Dessa forma, há quem defenda que o seguro ambiental obrigatório não pode ser determinado por lei, sem que haja a correspondente cobertura por parte das seguradoras. Data vênua, tal argumento não deve continuar prejudicando o desenvolvimento sustentável dos países que investem na indústria do petróleo. Primeiramente, não se pode aguardar que as petrolíferas tomem consciência e, voluntariamente, contratem um seguro para prevenção e reparação de danos ao meio ambiente decorrentes de suas atividades. Segundamente, enquanto não houver procura suficiente por tais seguros, dificilmente as seguradoras oferecerão essas coberturas.

²⁴⁹ Para maiores detalhes sobre estes e outros mecanismos financeiros recomendados pela *lex petrolea*, vide ROSENFELD, Amy B.; GORDON, Debra L.; GUERIN-MCMANUS, Marianne. “Approaches to Minimizing the Environmental and Social Impacts of Oil Development in the Tropics”. In: GAO, Zhiguo (ed.). *Environmental Regulation of Oil and Gas*. London: Kluwer Law International, 1998, pp. 279 e ss.

²⁵⁰ O acidente petrolífero do Golfo do México, ocorrido na plataforma *Deepwater Horizon*, em 2010, evidenciou a urgente necessidade de determinação legal de seguros ambientais obrigatórios no âmbito de todas as etapas que envolvem a exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo. Nesse sentido, o Parlamento Europeu, através da Resolução de 7 de Outubro de 2010, *sobre a acção da UE em matéria de prospecção e extracção de petróleo na Europa*, manifestou a sua preocupação sobre o tema. No referido conjunto de indicações, o Parlamento sugere que a Comissão verifique tanto a possibilidade de introdução de seguros obrigatórios a nível de toda UE, quanto a criação de um fundo europeu a ser provisionado através de contribuições obrigatórias das empresas petrolíferas *offshore*. Assim, procura-se, com as respectivas rendas petrolíferas, responsabilizar sempre os agentes económicos, e não os Estados. Quanto àquele acidente, vale realçar ainda que nenhum dinheiro de *royalty* foi utilizado em sua reparação.

²⁵¹ A Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, aprovada em 21 de Abril de 2004, baseando-se nos princípios do poluidor pagador e do desenvolvimento sustentável, visa a estabelecer um quadro comum de prevenção e reparação de danos ambientais a custos razoáveis para os seus Estados-Membros. No referido diploma, destaca-se o conteúdo do artigo 14.º, n.º 1, ao prever que “os Estados-Membros devem tomar medidas destinadas a incentivar o desenvolvimento, pelos operadores económicos e financeiros devidos, de instrumentos e mercados de garantias financeiras, incluindo mecanismos financeiros em caso de insolvência, a fim de permitir que os operadores utilizem garantias financeiras para cobrir as responsabilidades que para eles decorrem da presente directiva”. Sendo assim, os Estados-Membros da União Europeia devem buscar desenvolver um sistema de garantias financeiras, para fortalecer a gestão de riscos ambientais em seus territórios.

finanças públicas locais.²⁵² Em várias regiões, há o crescimento e desenvolvimento de toda uma cidade em virtude do empreendimento petrolífero municipal, ou seja, não só existem efeitos negativos, mas também muitos benefícios para a coletividade, traduzidos, por vezes, em obras que deveriam ser realizadas pelo Poder Público, porém acabam sendo feitas e doadas pelas *IOC*. Ademais, o discurso teórico das entidades brasileiras produtoras não é compatível com o destino prático dado por elas às receitas arrecadadas sob esta rubrica.²⁵³

Acima de todos esses fatos, ainda que se queira destinar uma parcela maior de *royalties* para Estados e Municípios produtores de petróleo, tendo por fundamento os supramencionados motivos, não haveria mudança na índole desse instituto. Com efeito, o destino que é dado à receita não condiciona a natureza jurídica da prestação. Sem nenhum fundamento, portanto, a corrente doutrinária de maior aceitação no Brasil associa a exigência de *royalties* com a ocorrência de danos/impactos à escala ambiental, social e econômica.²⁵⁴

²⁵² Em sentido semelhante, vide LEAL, José Agostinho; SERRA, Rodrigo. “Uma investigação sobre os critérios de repartição dos *royalties* petrolíferos”, cit., p. 163: “Notadamente, ocorre com frequência uma confusão interpretativa sobre a natureza deste instrumento: em especial, os *royalties* não devem ser interpretados como uma compensação sobre os impactos negativos do adensamento causados pela acelerada dinâmica de crescimento das áreas produtoras de petróleo e gás natural. Afinal, existem instrumentos clássicos para isso: o adensamento provoca um incremento na renda que se reverte em uma maior base de arrecadação”.

²⁵³ Por exemplo, o Estado do Rio Grande do Norte, por meio de parceria público-privada com a empreiteira OAS, está construindo na cidade de Natal a Arena Dunas – estádio de futebol que receberá quatro jogos da Copa do Mundo de 2014. O custo da obra está atualmente avaliado em R\$ 417 milhões e será pago pelo Governo daquele Estado com dinheiro proveniente de *royalties* da produção de petróleo em seu território. Cfr. SEGALLA, Vinícius. “RN usa royalties do petróleo como garantia de pagamento da Arena das Dunas”. Disponível em: <http://viniciussegalla.blogosfera.uol.com.br/2013/10/25/rn-usa-royalties-do-petroleo-como-garantia-de-pagamento-da-arena-das-dunas/>. Acesso em: 05/11/2013; Veja-se também matéria publicada com o seguinte subtítulo: “Um estudo exclusivo mostra como prefeituras mal preparadas ou corruptas desperdiçam a riqueza do petróleo e comprometem o futuro das cidades”. BARROS, Daniel; IKEDA, Patrícia. “As prefeituras fazem a festa com os royalties do petróleo”. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1022/noticias/a-festa-dos-royalties?page=2>. Acesso em: 05/11/2013.

²⁵⁴ No mesmo sentido, em termos genéricos, destaca-se a conclusão da escola de Coimbra, senão vejamos: “A esta complexidade podemos juntar ainda *os direitos das comunidades locais infra-estaduais* – por exemplo, os estados dos sistemas federativos, as comunidades e regiões autônomas ou os municípios – às quais, em regra, não se reconhece a propriedade ou a titularidade dos recursos, mas que não deixam de constituir aqueles que *in situ* sofrem os efeitos negativos da exploração dos recursos a ‘assistem imponentes’ a extracção de riqueza das suas terras, e que devem, por isso, ser compensados. Ao falar de compensação, referimo-nos à outorga de algumas contrapartidas pelas *externalidades negativas* geradas com a actividade e também à responsabilidade social para com as comunidades locais, sobretudo quando as mesmas não dispõem de um nível elevado de bem-estar, e não a eventuais direitos indenizatórios, os quais, como veremos mais desenvolvidamente, se subordinam aos regimes legislativos da responsabilidade civil e ambiental, de modo que, de acordo com os mesmos, as *IOC* apenas serão obrigadas a reparar danos quando desrespeitem os *standards ambientais* em vigor”. ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo (Coord.). *Direito do Petróleo*, cit., p. 95.

Quanto à considerada matriz constitucional da obrigação pecuniária em exame, sabemos que o parágrafo primeiro do artigo 20 da Constituição Federal deixou a cargo da discricionariedade do legislador a instituição de uma *participação no resultado* da exploração de recursos naturais ou de uma *compensação financeira* por essa exploração. À medida que o artigo 47 da Lei 9.478/97 estabelece que a importância a ser paga a título de *royalties* deve ser mensurada, de forma mensal, *a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural*, podendo esta alíquota variar, conforme os fatores consignados em seu § 1º, dentre os quais não figuram perdas, prejuízos ou danos decorrentes das atividades petrolíferas, parece-nos que foi positivada a primeira alternativa dada pelo Constituinte.

Dessa maneira, seguimos o pensamento daqueles que entendem que os *royalties* se ajusta à categoria da *participação no resultado*, em vez da *compensação financeira* – que, por sua vez, inspira a tese da natureza jurídica indenizatória ora rechaçada –, em razão de o regime quantitativo em que os mesmos estão submetidos ter por base o volume de petróleo produzido, não revelando nenhuma mensuração de danos – nos termos do entendimento consolidado no Recurso Extraordinário nº 228.800-5, citado no item 1.3, Capítulo II, Parte II.

Vale ressaltar que a conclusão acima não resta prejudicada, em virtude de o legislador ordinário ter trabalhado no artigo 8º da Lei 7.990/89 com as terminologias *compensações financeiras* e *indenização*²⁵⁵, pois isso não significa que ele tenha moldado uma obrigação compensatória ou indenizatória. Os vocábulos, por mais sugestivos que possam parecer, não possuem o poder de determinar a natureza jurídica de um dado instituto. Analogamente, ainda que os *royalties* não sejam tributos, basta aplicar a esta situação o conteúdo do artigo 4º do CTN, que assevera ser irrelevante a denominação de determinada figura, para defini-la como sendo de origem tributária – como vimos no item 1, Capítulo I, Parte II. Portanto, o fato de adotarem uma terminologia falando em compensações e indenizações não interfere na natureza jurídica dos *royalties*, afinal, há casos em que – mais uma vez fazendo analogia ao universo tributário – temos impostos que são taxas e taxas que são impostos. Não interessa como as leis o chamam, o que importa é o que a doutrina considera em função dos bons critérios jurídicos.

²⁵⁵ Vide item 1, Capítulo II, Parte II.

Cumpra ainda sublinhar que a interligação de teses realizada pela corrente doutrinária maioritária, a qual articula a teoria do dano com a vertente patrimonial, é, *concessa venia*, completamente contraditória, por isso merece ser rechaçada. Tendo em vista que as indenizações constituem espécies de receitas derivadas e os ingressos patrimoniais constituem espécies de receitas originárias, há manifesta incongruência em incluir os *royalties*, concomitantemente, nessas duas categorias opostas. Embora já superada aqui a noção de tributo, a única interligação que faria sentido seria a de uma das correntes tributárias, uma vez que os impostos também correspondem a espécies de receitas derivadas.

2. *Royalties* não são preços públicos

Apesar de o *royalty* fazer parte do gênero receita originária, não nos filiamos à corrente doutrinária que o classifica na espécie preço público. À luz do Direito brasileiro, essa modalidade obrigacional é caracterizada como uma prestação regida pelo Direito Privado, por decorrer essencialmente de um contrato, quando o Estado desempenha, por exemplo, atividade econômica em concorrência com o particular ou, então, sob o regime de monopólio. Ademais, possui caráter contraprestacional, conforme vimos em detalhes no item 3, Capítulo II, Parte II.

Diversamente, os *royalties* estão submetidos ao regime de Direito Público e não possuem nascedouro em um acordo de vontades, mas sim na legislação, muito embora o seu dever de pagamento esteja conectado a uma manifestação contratual, conforme explicamos no item 1, Capítulo I, Parte III. Ainda que se suscite que um preço público também pode ser previsto por lei, tal argumento não deve prosperar no sentido de atrelar a condição jurídica da figura remuneratória em pauta a esta hipótese, pois, para além das situações apresentadas sob essa forma serem muito excepcionais, outros fatores continuariam negando essa natureza.

Dentre os referidos fatores, pode-se destacar que o *royalty* não é devido em virtude de atividade estatal desempenhada em concorrência com privados, assim como em razão de clássico monopólio estatal²⁵⁶. Nessas situações, como bem realçado por um

²⁵⁶ No Brasil, conforme preceitua o artigo 177 da Constituição Federal de 1988, as atividades de exploração e produção de petróleo são realizadas mediante monopólio da União Federal, que, até o ano de 1995, era exercido exclusivamente através de empresa controlada pelo Governo, nomeadamente, a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS. Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 9, em 1995, entretanto, foi também possibilitado à União contratar com empresas privadas (nacionais ou estrangeiras),

dos entendimentos contrários à presente tese (item 3.1, Capítulo II, Parte II), o preço público corresponde ao valor pago pelos particulares a uma concessionária, e não em pagamento desta empresa à União. Em outros dizeres, o preço afigura-se, quase sempre, mediante uma relação tripartite, ao passo que o *royalty* importa em pagamento direto da concessionária ao Poder concedente.

Também não estamos perante uma venda de bens públicos, pois a exploração petrolífera, através de concessão ou autorização, não resulta em alienação do petróleo, que permanece sob a titularidade da União até o momento em que seja extraído do correspondente campo. Isso se depreende do artigo 20, inciso IX, combinado com o artigo 176, “caput”, ambos da Magna Carta, os quais asseguram a titularidade dos recursos minerais e da jazida, em lavra ou não, àquela entidade federal, garantindo o produto da lavra ao concessionário.

Sendo assim, não há configuração de caráter contraprestacional, pois, no caso, o legislador constituinte estabeleceu, conforme já mencionado no item 2, Capítulo I, Parte III, duas relações de propriedade distintas. Com efeito, não há necessidade de desafetação de substâncias petrolíferas para posterior alienação. Não estamos perante, portanto, de uma relação de compra e venda, ou seja, de comércio jurídico privado, mas sim de concessão de direito de extração de bem público, por conveniência do Poder Executivo.

Ademais, é importante destacar, para além das considerações tecidas acima e no item 1 do presente Capítulo, que não há possibilidade de associar o preço público ao *royalty* a partir dos preceitos do princípio do poluidor pagador (PPP), como intentam alguns doutrinadores. À luz desse princípio, o montante que os poluidores devem pagar a título preventivo, essencialmente para evitar a ocorrência de evento danoso, é um montante proporcional aos custos de prevenir e pode não ter relação com os danos, bem como ser inferior ou superior aos mesmos.²⁵⁷ No caso da indústria do petróleo e gás natural, o cálculo econômico de uma figura instituída para esses fins deve ser baseado nos custos da prevenção, mais precisamente nos que decorrem, exemplificativamente, dos mecanismos empregados para reter um acidente em uma plataforma petrolífera, tais

para atuar neste segmento, com vistas a incentivar o investimento de capital estrangeiro no país. Dessa forma, houve a *flexibilização* do monopólio estatal vigente à época, pois, conforme expõe Marylda Rosado de Sá Ribeiro, “tornou-se aberto a empresas privadas através da celebração de contratos de concessão para as atividades de *upstream* ou por meio de autorização para as atividades *downstream*”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: ...*, cit.

²⁵⁷ Cfr. ARAGÃO, Maria Alexandra. “O princípio do poluidor pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no direito europeu”. In: *Actas do Colóquio – A responsabilidade civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010, pp. 106 e ss.

como a reserva de barcos para a contenção da mancha de óleo, produtos químicos para diluí-la, entre muitos outros. Em síntese, se observarmos o PPP, devem ser observados os custos da prevenção dos danos, e não os necessários para sua reparação, já que estes, como vimos no item supra, são objeto das regras do instituto da responsabilidade civil. Os *royalties* não refletem, todavia, nada disso.

3. *Royalties* são receitas originárias patrimoniais

Por todo o exposto no trabalho em presença, chegamos à conclusão de que prevalece a natureza jurídica patrimonial, ou seja, os *royalties* são receitas originárias patrimoniais. Apesar de sofrer diversas desvirtuações, o seu conceito corresponde, originariamente, à remuneração devida ao titular dos recursos naturais²⁵⁸. Em vez de termos uma Monarquia exigindo de seus subordinados uma regalia pela exploração das riquezas existentes nas propriedades de sua Majestade, temos um Estado Nacional cobrando das *international oil companies* um *royalty* em virtude da produção de petróleo através de reservas sobre as quais exerce a titularidade.

De lá para cá, não obstante os contextos e épocas diferentes, a sistemática, sob a ótica de quem os arrecada, é exatamente a mesma: exigência de valores como forma de o *Estado Proprietário* participar dos frutos gerados, por terceiros, a partir de bens de seu patrimônio real (outrora) / público (atualmente). Nesse ponto, o Estado Petrolífero substitui, então, o Estado Monárquico, ao passo que os *royalties* do petróleo sucedem as regalias – ou mesmo os *royalties* da Coroa. De fato, é como se estivéssemos perante os direitos realengos de antigamente, afigurando-se o petróleo como um “direito real especial”. Daí, como já antecipado no item 1 do presente Capítulo, as prestações em tela decorrerem, no Brasil, da modalidade constitucional *participação no resultado*, e não *compensação financeira*.

Constatamos, no final do item 2, Capítulo II, Parte II, que a atual estrutura quantitativa dos *royalty* gira em torno das substâncias petrolíferas efetivamente produzidas, as quais são garantidas às empresas concessionárias, o que nos leva, em uma primeira vista, a pensar que ele incide sobre o patrimônio privado, merecendo,

²⁵⁸ Para os tributaristas, a discussão sobre a natureza jurídica dos *royalties* faz algum sentido, mas, para o investidor, sob o ponto de vista econômico, é sempre tratado como um tributo sobre a produção petrolífera – DANIEL, Philip; KEEN, Michael; McPHERSON, Charles (Ed.). *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*. London: Routledge, 2010, pp. 27 ss.

desse modo, ser considerado uma receita derivada. Em uma segunda vista, entretanto, tal raciocínio não deve prevalecer, pois as aludidas substâncias, embora passem a figurar dentre os bens das concessionárias, são retiradas de jazidas pertencentes ao domínio público, circunstância que nos obriga a regressar ao universo das receitas originárias. O *royalty* é devido em virtude de a companhia petrolífera, titular do direito de lavra, auferir resultado da exploração de petróleo e tem como base de cálculo a receita bruta decorrente dessa atividade. Sua exigibilidade encontra-se, portanto, vinculada a um recurso de propriedade da União, cuja produção é indispensável, para sua obrigação de pagamento exsurgir, sendo, por isso, uma receita originária patrimonial.

Sucessivamente, no que concerne ao debate quanto à manifestação dos *royalties* no *critério da origem* e no *critério do destino*, importa ressaltar que, tão-somente em relação à União Federal, a sua natureza jurídica pode ser compreendida como receita originária patrimonial, afinal, apenas essa entidade possui patrimonialidade em causa, ou seja, detém a titularidade dos recursos cuja extração gera as rendas ora estudadas.

Os Estados e Municípios não possuem competência para, diretamente, constranger as empresas concessionárias ao pagamento dos *royalties*, nem, tampouco, exigí-la em virtude da exploração de bens que não são de sua propriedade. A União figura no polo ativo da relação jurídica obrigacional em análise, tendo delegado a capacidade de arrecadação do objeto remuneratório dessa relação à Agência Nacional do Petróleo.

Embora o direito subjetivo das entidades produtoras ao *recebimento direto* de *royalties* – isto é, sem intervenção de fundos de participação²⁵⁹ – esteja infra e constitucionalmente assegurado, isso não tem o poder de transformar essas obrigações pecuniárias em receitas patrimoniais também em relação a tais entidades. Para estas, trata-se de *receitas transferidas*, mediante transferência intergovenamental, prevista

²⁵⁹ Diferentemente do que ocorre, portanto, com a *repartição indireta* das receitas tributárias, em que há a formação de fundos, principalmente o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), “objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre os Estados e entre os Municípios” (Art. 161, II, da CF/88). Os recursos desses fundos são obtidos através da arrecadação das receitas do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), cujas transferências dependem de rateios determinados no artigo 159 da Carta Magna. A Lei Complementar nº 62/89 regulamenta especificamente o critério de partilha do FPE, determinado, em seu art. 2º, que 85% das receitas do fundo devem ser destinadas às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, já os 15% restantes são distribuídos para as regiões Sul e Sudeste. No caso, o objetivo do legislador foi contribuir para a integração nacional através do desenvolvimento das regiões mais necessitadas do Brasil, conforme os preceitos constitucionais contidos nos arts. 151 e 159, inciso I, alínea c, ambos da CFRB.

pelo legislador constitucional como forma de efetivar o princípio da solidariedade federativa. Portanto, o que, para o Estado (*lato sensu*), é uma receita originária, para os Estados-membros, é uma receita transferida²⁶⁰ – tudo em conformidade com o segundo posicionamento exposto no item 2.1, Capítulo II, Parte II.

Sobre este tema, cumpre ressaltar ainda que não é correto afirmar que os *royalties* consubstanciariam receitas originárias dos Estados abrangidos pelo jargão produtor, devido ao alegado fato de terem perdido, com o advento da Carta de 1988, a renda do ICMS para os Estados não produtores. Até então, no setor de minérios em geral – abrangendo o petróleo –, vigorava a cobrança do Imposto Único sobre Mineração (IUM), de competência da União. Com a promulgação do texto constitucional vigente, entretanto, o IUM foi extinto, por ter sido incorporado ao ICMS, passando, desse modo, da esfera arrecadatória federal para a estadual. Em outros dizeres, o imposto sobre operações envolvendo minerais, antes do texto constitucional, não era de competência daquelas entidades produtoras, então, não se pode declarar a suscitada perda. Muito pelo contrário, os Estados produtores ganharam a receita do antigo IUM, com exceção da decorrente da imunidade relacionada à circulação interestadual de energia elétrica, petróleo e seus derivados, a qual, conforme ressaltado no item 2.3, Capítulo II, Parte II, é tributada pelos Estados de destino (não produtores) – o que ocorre apenas para diminuir custos e assegurar um abastecimento regular de tais produtos em todo país.

Dessa forma, a figura do *royalty* não se relaciona quer com o federalismo fiscal relativo à imunidade acima citada envolvendo o ICMS, quer com a ideia de compensação financeira por perda de arrecadação de receita. O sentido de tal instituto, a partir da norma consignada no § 1º do artigo 20 da Lei Maior, foi apenas elevado ao patamar constitucional, pois, conforme destacamos no item 2.3, Capítulo II, Parte II, já havia, no plano ordinário, a sua previsão pela antiga Lei do Petróleo de 1953.

Diante disso, quanto às demais participações governamentais, também teriam a natureza jurídica de receita originária patrimonial, ou teriam natureza diferente? Finalizaremos, então, com uma breve explanação sobre as rendas que figuram no mesmo quadro dos *royalties*, quer no regime de concessão, quer no regime de partilha de produção.

²⁶⁰ Em sentido semelhante, vide SANTOS, Sérgio Honorato dos. *Royalties do Petróleo à Luz do Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, pp. 74 a 77.

Segundo o artigo 45 da Lei 9.478/97, a exploração e produção de petróleo sob o modelo de concessão implicam, para além dos *royalties*, em prestação de bônus de assinatura, pagamento pela ocupação ou retenção da área e participação especial.²⁶¹

No que tange à primeira, importa ressaltar que mediante licitação na modalidade leilão é permitido a União escolher a empresa que melhor valorizar, monetariamente, o potencial exploratório de determinado campo petrolífero.²⁶² Isto faz com que estes regimes legais em que são exigidas contrapartidas não sejam mais considerados apenas como procedimentos em que há um interesse público predefinido, em que se escolhe o candidato que preencher todos os critérios preestabelecidos, mas sim um procedimento chamado *alocação eficiente de recursos*, instrumentalizado aqui no *bônus de assinatura*²⁶³. Além do preenchimento dos critérios controlados sob a ótica do interesse público, é essencial para obtenção da licença que as petrolíferas interessadas comprovem que possuem capacidade técnica e econômica para tanto. Caso todas elas estiverem em igualdade de circunstâncias, o critério decisivo é definido pelo princípio da eficiência e pela teoria da *law and economics*²⁶⁴, isto é, por aquilo que cada uma estiver disposta a pagar pela exploração das reservas de petróleo em jogo.²⁶⁵ A

²⁶¹ Posteriormente, os critérios de cálculo e cobrança das referidas participações governamentais foram regulamentadas pelo Decreto 2.705/98.

²⁶² De acordo com o art. 41 da Lei 9.478/97: “no julgamento da licitação, além de outros critérios que o edital expressamente estipular, serão levados em conta: I - o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os volumes mínimos de investimentos e os cronogramas físico-financeiros; II - as participações governamentais referidas no art. 45”.

²⁶³ Em Portugal, o bônus de assinatura é conhecido como *contratos de ofertas de contrapartidas*, que, da mesma forma como ocorre no Brasil, representa apenas um dos critérios para obtenção da licença. No último contrato assinado em terras lusitanas em 2002, para concessão de atividades de prospecção e pesquisa no *deep-offshore*, esta participação governamental correspondia a 20% do peso da decisão do leilão, o que demonstra a relevância do valor oferecido pela petrolífera a título de contrapartida/bônus de assinatura. Cfr. SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*, cit., p. 27.

²⁶⁴ A teoria da *law and economics* sustenta que os direitos, sobretudo os de propriedade do domínio público, devem ir parar a quem estiver disposto a valorizá-los mais, porque essa pessoa será aquela que fará deles a exploração mais eficiente.

²⁶⁵ “A aplicação do critério da eficiência ao domínio jurídico resultou das teorias da *análise económica do direito*, desenvolvidas como resposta à massificação dos problemas, fruto da necessidade de “construir” esquemas de resposta legitimadores de uma selecção dos domínios de intervenção e das medidas adoptadas, para além do horizonte da “escolha política”. (...) Por outras palavras, a *eficiência* tem sido entendida sobretudo como um critério ou parâmetro de actuação e de decisão das entidades administrativas, controlado no quadro da dimensão informadora da racionalidade global do agir administrativo. Cura-se de *avaliar* as actuações administrativas (medidas) em função da relação custo-benefício (*eficiência de custos*), dos resultados (*eficiência produtiva*) e da alocação de recursos (*eficiência alocativa*), não como parâmetro autónomo legitimador da mesma em razão da sua eficiência, mas apenas de modo a apurar se o princípio da proporcionalidade foi ou não respeitado”. SILVA, Suzana Tavares da. “O princípio (fundamental) da eficiência”. In: Estudo publicado na ocasião do III Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “Novos e Velhos Princípios de Direito Público” nos dias 29 e 30 de Janeiro de 2010, pp. 519 a 522.

quantia arrecadada com o essa participação governamental não é muito elevada se comparada às das demais espécies, sobretudo, aos *royalties*.

O *pagamento pela ocupação ou retenção da área* é típico de uma concessão, porque aqui se misturam uma série de elementos que acabam por corresponder, em certa medida, a uma taxa de amortização individualizada do domínio público²⁶⁶, devidamente cobrada em razão das *international oil companies* estarem em certas zonas a utilizar determinada área pública. A cobrança dessa renda encontra justificativa no próprio sistema continental de *civil law*, que faz uma diferenciação entre os direitos de propriedade do solo e do subsolo, já que o primeiro pode pertencer a qualquer pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado), ao passo que o segundo está inserido no conjunto de bens públicos sob titularidade do Estado. Diferentemente, portanto, do que ocorre nos sistemas de *comum law*, onde tal diferenciação não existe, sendo a propriedade do solo indispensável para se determinar os direitos sobre o subsolo, bem como sobre os recursos naturais que dele advirem. Dessa forma, há a cobrança de uma *taxa*, como uma espécie de aluguel, pelo fato de se conceder uma região para a atividade extrativa.

A *participação especial*, como sublinham alguns autores²⁶⁷, assemelha-se a uma espécie de imposto incidente sobre a produção ou lucratividade extraordinária. Por meio deste instrumento há uma divisão dos resultados excepcionais nos moldes da que inspirou a criação do próprio regime de partilha. Isto porque a referida participação figura como uma espécie de “gatilho”: se as *IOC* ultrapassarem determinada quantidade de barris produzidos ou se haver um aumento expressivo dos preços desses barris, fazendo com que aquelas empresas auferam mais lucro, é permitido ao Estado fazer uso deste mecanismo para evitar que as mesmas lucrem excessivamente com um recurso que é essencialmente do país.²⁶⁸

²⁶⁶ Por isso, os autores citados no item 2.2, Capítulo I, Parte II, classificam essa participação governamental como uma verdadeira taxa, em virtude da modalidade “utilização de bem do domínio público”, prevista pelo ordenamento jurídico português, como pressuposto legítimo para instituição de tal espécie tributária.

²⁶⁷ SPRINGER, Paulo. “Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?”. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 10/11/2013.

²⁶⁸ Esta participação governamental, embora sob denominações diferentes, pode ser encontrada em outras ordens jurídicas, a exemplo do *Windfall Profit Tax* nos Estados Unidos da América, do *Petroleum Revenue Tax* no Reino Unido, do *Canadian Frontier Royalties* no Canadá, do *Petroleum Resources Rent Tax* na Austrália, do *Hydrocarbon Tax* na Noruega e do *Imposto sobre o Rendimento do Petróleo* em Angola. Sobre esta última figura, Saldanha Sanches e Taborba da Gama entendem que “estamos perante um imposto sobre o rendimento. O Estado tributa as empresas que realizem operações petrolíferas pelos lucros que obtenham com essa exploração, criando a lei regras específicas para o apuramento desse lucro

No que concerne às atividades petrolíferas na camada pré-sal e em áreas consideradas estratégicas sob o modelo de partilha de produção, a Petrobras e as suas parceiras (no caso de consórcios) possuem direito a uma parte do óleo produzido a título de restituição pelos custos exploratórios (*cost oil*). Posteriormente, a parcela de óleo excedente (*profit oil*) deve ser partilhada entre a União e as referidas empresas.²⁶⁹

A Lei 12.351/2010, em seu artigo 42, ainda prevê *royalties* e bônus de assinatura como receitas a serem arrecadadas pelo Governo. Contudo, conforme o § 1º do mencionado artigo, os *royalties* só podem ser calculados sobre o volume do *profit oil*. O § 2º, por seu turno, determina que o valor do bônus de assinatura deve ser pago pelas IOC no momento da celebração do contrato de partilha, não podendo ser incluído no cálculo do *cost oil*.

A exigência de *royalties* configura uma característica peculiar do modelo brasileiro, uma vez que os típicos modelos de partilha de produção adotados no mundo, sobretudo, na Indonésia e em Angola, não preveem a cobrança desta figura. Outra característica específica deste regime no Brasil é o desaparecimento da participação especial, a qual geralmente é cobrada nos contratos de partilha de outras jurisdições.

Nestes regimes jurídico-regulatórios (concessão e partilha de produção), a dúvida que ainda persiste no que diz respeito à parte financeira é justamente saber se a forma como o Estado Nacional se remunera através das participações governamentais se subordina ou não ao Direito Tributário.

Com o intuito de exaurir a questão é de suma importância ressaltar que as companhias petrolíferas, por possuírem sede, via de regra, em paraísos fiscais ou em zonas de baixa tributação²⁷⁰, acabam por conseguir se esquivar do desembolso de maiores quantias nos países titulares dos recursos, à exceção dos tributos tradicionais que pagam, enquanto empresas, no critério da fonte. Este é um dos motivos que levam

tributável, num regime que olha à capacidade contributiva das empresas que sujeita a este imposto. Pensamos, por isso, que não é possível considerar este tributo como uma taxa ou contribuição apenas pela dominialidade originária dos bens explorados, ou pelas regras específicas de determinação de matéria colectável”. SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Taborba da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*, cit., p. 438; Para maiores detalhes sobre as outras, veja-se BAIN & COMPANY; ADVOGADOS, Tozzini Freire. *Relatório I – Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural*, cit., p. 27.

²⁶⁹ Segundo o art. 18 da Lei 12.351/2010, “o julgamento da licitação identificará a proposta mais vantajosa segundo o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União, respeitado o percentual mínimo definido nos termos da alínea b do inciso III do art. 10”. Dessa forma, o art. 10, inciso III, alínea b, estabelece que caberá ao Ministério de Minas e Energia propor ao CNPE (Conselho Nacional de Política Energética) o percentual mínimo do excedente em óleo da União nos contratos de partilha de produção.

²⁷⁰ LUCIANO, Kevin. *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*. Paris: Fondation Varenne, 2011.

tais países a não optar apenas por tributar a empresa em si; o objetivo deles geralmente se concentra na tributação, em sentido lato, sobre o produto. Daí existirem todos aqueles *tributos especiais*, que depois, caso venham a ser considerados genuínos impostos e/ou taxas, podem levar a uma série de problemáticas em averiguar se ocorre ou não, em alguma fase, o fenômeno da dupla tributação.²⁷¹

Entretanto, embora se possa afirmar que em um regime é mais visível o *Estado Proprietário* (concessão) e no outro é mais perceptível o *Estado Industrial* (partilha de produção), a disciplina jurídica do petróleo envolve essencialmente a instituição de esquemas de remuneração em que prevalece mais a dimensão contratual do que a dimensão fiscal propriamente dita, haja vista as participações governamentais figurarem como instrumentos criados à medida para gerir contratos com risco no âmbito da indústria petrolífera. Em outras palavras, ao invés de termos um sistema financeiro ou fiscal funcionando normalmente, temos aqui um conjunto de mecanismos remuneratórios que na realidade fazem parte de uma estratégia para regular contratos, o que significa dizer que também é possível utilizar os aludidos sistemas como elementos de regulação de parcerias público-privadas.

Desta forma, apesar de a participação especial se assemelhar a um imposto e o pagamento pela ocupação ou retenção da área se aproximar, em alguns ordenamentos, a uma verdadeira taxa, o enquadramento legal destas participações governamentais, assim como o do bônus de assinatura, deve seguir a mesma lógica defendida nesta dissertação quanto aos *royalties*. Ou seja, também não podem, principalmente sob a perspectiva do direito brasileiro, serem classificadas como receitas derivadas e, posteriormente, como autênticos tributos, já que não passam de receitas originárias patrimoniais – estritamente associadas a uma manifestação contratual –, devidas em virtude da exploração de bens do patrimônio público, conforme os termos expostos anteriormente – sobretudo no Capítulo I da Parte III.

²⁷¹ Alguns autores, entre os quais cumpre destacar Marilda Rosado, consideram que o sistema regaliano “impede” que se considerem tributos as formas de receitas obtidas pelo Estado da parte do concessionário em razão da exploração e produção do petróleo, entre as quais se incluem o bônus de assinatura, os *royalties*, a participação especial e o pagamento pela ocupação ou retenção da área. Todavia, sob a ótica dos concessionários, como a maior parte dos tributaristas sublinha, todas estas prestações patrimoniais compulsórias assumem, ao final, natureza tributária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho procuramos analisar as principais teses doutrinárias acerca da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo e averiguar os entendimentos jurisprudenciais sobre cada uma delas, resultando nas seguintes conclusões.

No Direito brasileiro, o *royalty* classifica-se como prestação pecuniária, determinada pelo artigo 20, parágrafo 1º, da Lei Maior, pertencente à modalidade *participação no resultado* da exploração de petróleo – bem de propriedade da União Federal. Afigura-se, deste modo, como receita pública corrente, ordinária e originária patrimonial em relação a esta entidade federativa. Já para Estados, Distrito Federal e Municípios apresenta-se como receita transferida, obtida mediante transferência corrente intergovernamental da própria União, assegurada pelo parágrafo 1º daquela norma constitucional.

Não poderíamos encerrar o estudo em presença, sem antes tecer nossas impressões a respeito da problemática instalada no Brasil, em torno das receitas dos *royalties* petrolíferos.

A grande valia de debater este tema é a oportunidade de fazer uma reflexão sobre alguns aspectos interessantes, proeminentemente, a fragilidade do próprio direito. Repara-se que um conjunto de normas, que é uma construção jurídica perfeitamente pacífica, pode demonstrar certo grau de instabilidade. Muitas vezes, aquilo que é visto como grandes princípios ou como um dado adquirido pode mudar em um instante, sobretudo quando se trata de um conflito federativo de interesses sobre recursos minerais de grande valor econômico.

As questões da tributação e da exploração das riquezas naturais, designadamente do petróleo, são vistas em âmbito mundial e transmitem o que seriam sistemas jurídicos, bem como retratam o que o direito pode ou não pode fazer para a sociedade.

Por que se fala tanto no fenômeno da *maldição dos recursos*²⁷²? Por que os países ricos em recursos são, em grande parte, subdesenvolvidos e com índices alarmantes de pobreza?

²⁷² Sobre os motivos da maldição dos recursos, tem-se defendido: “the absence of strong democratic institutions, authoritarian regimes and a lack of transparency in contractual arrangements for the exploration and exploitation of petroleum are widely considered as contributory factors to situations of

As respostas para tais questionamentos permitem fazer menção aos países do continente africano. Angola, por exemplo, tem sido alvo constante da maldição dos recursos, à medida que a abundância de riquezas minerais em seu território caminha em sentido contrário ao seu crescimento socioeconômico.

Em regra, quem está na governação na altura em que o potencial dos recursos naturais é descoberto tem a tendência de reduzir a capacidade democrática do país através da utilização de vários mecanismos que vão desde a força militar até as mais variadas estratégias de demagogia. No caso em comento, não se acredita que o Brasil irá regredir ao ponto do seu atual conflito interno de interesses vir a tornar-se uma guerra civil entre Estados produtores e não produtores, mas a triste realidade é que nada disso traz desenvolvimento sustentável.

Para enfrentar o problema, faz-se necessário ter uma democracia sedimentada, como um grau de civilização muito elevado. Nesse diapasão, a questão apreciada também é um exercício para refletir sobre o direito de matriz romanista, especialmente a propósito do petróleo, já que o mesmo permite avaliar quase todo o sistema jurídico.

Países como Inglaterra, Estados Unidos da América, Austrália e Noruega, os quais possuem democracias sólidas, alcançadas através dos seus sistemas jurídicos de *common law*, não enfrentam problemas com a distribuição e a gestão prudente dos seus rendimentos de exploração. Em contrapartida, o Timor-Leste destaca-se por ser um dos poucos países com influência do direito romano que tenta, de alguma forma, seguir o exemplo da *common law*, para evitar cair na temida maldição.²⁷³

Nos países do Oriente Médio, em que o direito está muito dependente da religião mediante pontos de cruzamento fundamentais, o sistema romanista foi adotado,

poor governance in these countries - popularly known as 'resource curse' phenomenon - explain the paradox of plenty. However, the 'resource curse' phenomenon should be attributed more to the corruption and mismanagement of resource revenues than to the resources themselves. This is because there is ample evidence that the prudent and transparent management of natural resources and accountability in extractive revenues can contribute to the economic growth of a country, which discards the resource curse thesis". AL FARUQUE, Abdullah. "Transparency in Extractive Revenues in Developing Countries and Economies in Transition: a Review of Emerging Best Practices". In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 24, N. 1, February, pp. 66-103, 2006, pp. 67-68.

²⁷³ O recém-independente Timor-Leste, marcado por um passado conflituoso, é rico em petróleo e gás *offshore* em quantidade capaz de impulsionar o desenvolvimento, de forma sustentável, de sua economia. Para gerir o seu maior bem econômico, localizado na área de Timor Gap, foi instalado um fundo petrolífero, para se discutir e aplicar a forma mais eficaz de utilização dos recursos em harmonia com as necessidades das comunidades atuais e futuras. Cfr. GODDEN, Lee; LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette; TEHAN, Maureen. "Accommodating Interests in Resource Extraction: Indigenous Peoples, Local Communities and the Role of Law in Economic and Social Sustainability". In: *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 26, n.º 1, pp. 1-30, 2008, pp. 18-21.

quando se descobriu o petróleo. Na parte em que diz respeito ao patrimônio natural, os Estados Mulçumanos abandonaram um pouco a sua matriz cultural, através da consagração de conceitos jurídicos como domínio público, exploração e divisão. Conforme é sabido, esses países também foram asfixiados democraticamente, com o resultado decorrente da exploração dos respectivos recursos naturais sendo destinado a uma pequena casta.

Dessa forma, a riqueza fica concentrada na elite dominante para usufruto próprio, enquanto um país inteiro resta na miséria, o que curiosamente é auxiliado pelo sistema de repasse romanista. Faz-se necessário indagar: este regime jurídico é assim tão bom, ou, afinal, tem algumas fragilidades que facilitam políticas degenerativas do patrimônio público?

Não se sabe até que ponto o Brasil vai se permitir ser vítima de tal maldição. O país já detém uma produção razoável de petróleo, mas, caso os campos do pré-sal sejam realmente capazes de serem explorados tecnicamente, permitirá uma produção em grande escala, o que o coloca, desde já, na condição de potencial exportador. Portanto, apesar dos inúmeros problemas sociais que já possui, o Brasil pode se tornar mais uma Nação em que a maldição dos recursos faz todo o sentido.

No caso específico, a discussão pública tem adotado uma falsa interpretação do conceito de *Estado produtor*²⁷⁴, a partir do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal. Este jargão só deve ser aplicado à produção de petróleo *onshore*, ou seja, aos entes subnacionais que possuam campos de produção dentro dos respectivos territórios. A

²⁷⁴ Neste sentido, vide a seguinte explanação: “O debate público concorre também para a falsificação do conceito de estado produtor. Este conceito é facilmente aplicável à produção terrestre de petróleo: estritamente são estados produtores Rio Grande do Norte, Bahia, Ceará, Amazonas, Alagoas, Sergipe. Mas quando se trata produção a mais de uma centena de quilômetros da costa, em alto mar, o estado produtor é essencialmente o Estado Nacional. A descoberta e a produção são frutos de um esforço nacional de décadas, e é o País como um todo que garante a produção, em termos de segurança, logística e tecnologia e recursos humanos. Alegar que seria uma indenização por implicações ambientais, não tem base consistente, pois qualquer evento na produção off-shore terá impactos segundo a orientação das correntes marinhas, que não guardam relação com as linhas de pseudo-influência dos Estados, traçadas pelo IBGE para contabilizar a distribuições dos royalties e participações especiais. A metodologia de cálculo da distribuição utilizada atualmente simplesmente não guarda relação com princípio lógico. O mais grave porém é que os recursos originários dos royalties e participações especiais estão sendo queimados em grande medida por Estados e Municípios. Deveriam ser investidos para criar uma infraestrutura produtiva, educacional, tecnológica que geraria mais riqueza do que o valor futuro do próprio petróleo produzido agora, tomado às gerações futuras. Mas, em grande parte, vão para o ralo. O IDH das regiões beneficiadas está longe do refletir os recursos recebidos. Estados, como o Rio de Janeiro, o maior beneficiário, reivindicam os recursos, proclamam ‘direitos adquiridos’ para seu orçamento e, ao mesmo tempo outorgam isenções fiscais para empresas, sem justificativas e sem transparência. Transformam os recursos tomados ao futuro em generosidades empresariais”. SAUER, Ildo. “A importância do Pré-Sal no desenvolvimento do Brasil”. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/economia/a-importancia-do-pre-sal-no-desenvolvimento-do-brasil/?autor=597>. Acesso em: 04/11/2013.

distorção diz respeito à produção *offshore*, especialmente na plataforma continental, quando o Estado Nacional deve ser consagrado pelo conceito de produtor.

Tendo em vista que mais de 90% da exploração de petróleo no Brasil ocorre em alto mar, não é justo que a metodologia da distribuição dos *royalties* continue concentrada em poucas entidades estatais, isto é, nos erroneamente considerados produtores. O petróleo e os demais recursos naturais de titularidade da União pertencem ao patrimônio de todos os brasileiros, independentemente da região em que estejam localizados, bem como da geração a que pertençam.

Na realidade, ocorre, no Brasil, uma captura política desse rendimento. Evoca-se o ambiente, mas a finalidade depois não é reservar recursos, para proteger os entes considerados produtores do impacto de eventuais riscos ambientais. O quadro torna-se ainda mais grave com a indústria petrolífera atuando em sua maior parte a milhares de quilômetros da costa, o que reduz, cada vez mais, a relação entre a exploração e o impacto específico sobre esses Estados.

O Brasil só vai conseguir chegar a um sistema verdadeiramente desenvolvido, se direcionar as participações governamentais decorrentes da exploração do petróleo em prol da minimização das desigualdades sociais e regionais, além de preservar os interesses das gerações futuras.

Conclui-se que a decisão acerca do impasse sobre a nova divisão dos *royalties* e da participação especial é de fundamental importância para o futuro do país, revelando-se como uma fase de definição civilizacional. Muito mais que a destinação das rendas petrolíferas em si, vai ser o momento em que o Brasil se afirmará civilizacionalmente, ou correrá o risco de entrar e, definitivamente, não sair do grupo de países da segunda linha.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBETTI, Sergio Wulff. “Rendas do petróleo no Brasil: Alguns Aspectos Fiscais e Federativos”. In: *Revista do BNDES*, vol. 15, n. 30, 2008.

AL FARUQUE, Abdullah. “Transparency in Extractive Revenues in Developing Countries and Economies in Transition: a Review of Emerging Best Practices”. In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 24, N. 1, February, pp. 66-103, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de; MARCOS, Rui de Figueiredo (Coord.). *Direito do Petróleo*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do Poluidor Pagador – Pedra angular da política comunitária do ambiente*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. “O princípio do poluidor pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no direito europeu”. In: *Actas do Colóquio – A responsabilidade civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAIN & COMPANY; ADVOGADOS, Tozzini Freire. *Relatório I – Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural*. São Paulo: Bain & Company / Tozzini Freire Advogados, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 16ª Ed. Rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

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

BARBOSA, Décio Hamilton. *Tributação do Petróleo no Brasil em outras jurisdições*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

BARROSO, L.R. *Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do petróleo*. Consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 3, t. 1. São Paulo: Saraiva, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Lantin, 2011.

BORJA, Célio. *Parecer apresentado à Firjan acerca da distribuição federativa dos royalties do petróleo*. Rio de Janeiro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”. In: *RevCEDOUA*, nº 8, ano IV, vol. 2, 2001, p. 12; *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. “Natureza jurídica da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’: sua manifesta inconstitucionalidade”. In: *Revista Justitia*, São Paulo, v. 57, n.º 171, 1995, pp. 88 a 116.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 2ª ed. Revisada. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CAVALCANTI, Caio César Torres. “Responsabilidade civil por dano ambiental causado pela atividade petrolífera - Uma análise a partir do Caso Chevron e da sua repercussão no projeto de distribuição dos royalties do petróleo”. In: *Revista Fórum de Direito Civil*, v. 1, p. 55-72, 2012.

COSTA, Regina Helena. “A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 13, 1996.

DALEFFE, Adriano. “Ilegalidade da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 33, 1998, pp. 7 a 15.

Damonte, Gerardo. “ECUADOR’S YASUNÍ-ITT: RETHINKING THE CONSERVATION VS. EXTRACTION DILEMMA”. In: *ELLA Theme: Extractive Industries and Land Use*. Evidence and Lessons from Latin America, 2012. Disponível em:

http://r4d.dfid.gov.uk/PDF/Outputs/ELLA/120316_ECO_ExtIndLanUse_BRIEF4_0.pdf
f. Acesso em: 09/11/2013.

DANIEL, Philip; KEEN, Michael; McPHERSON, Charles (Ed.). *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*. London: Routledge, 2010.

DEODATO, Alberto. In: *Manual de ciência das finanças*. São Paulo: Saraiva, 1969.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 120 e 121.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2005.

DOMINGUES, José Marcos. “As taxas ambientais no direito brasileiro”. In: *RevCEDOUA*, nº 17, ano IX, vol. 1, 2006, pp. 9 a 34.

EINAUDI, Luigi. *Principios de hacienda pública*. 3ª ed. Madrid: Aguilar, 1952.

Ernst & Young, “Global oil and gas tax guide”, 2013, p. 484. Disponível em: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2013_global_oil_and_gas_tax_guide/\\$FILE/EY_Oil_and_Gas_2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2013_global_oil_and_gas_tax_guide/$FILE/EY_Oil_and_Gas_2013.pdf). Acesso em: 05/11/2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Doneivan F. (org.). *Produção de Petróleo e gás em Campos Marginais: um nascente mercado no Brasil*. São Paulo: Komedi, 2009.

FERREIRA, Lier Pires. “O Diálogo entre o Direito do Petróleo e o Direito do Desenvolvimento”. In: *Revista da Escola de Guerra Naval*, Rio de Janeiro, n.º 16, 2010, pp. 61 a 94.

FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Naturais”. In: ROCHA, Vladimir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 2, 1998.

FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4ª ed. 14ª reimp. v. I. Coimbra: Almedina, 2012.

FREDERICO, Daniel Braga. “Alguns apontamentos acerca da natureza jurídica das participações governamentais do petróleo e do gás e seus reflexos práticos”. In: *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia* / Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. – N. 1 (Mar./2006).

GARCIA, Leonardo de Medeiros. “A Natureza Jurídica da Compensação Financeira pela Exploração Mineral (CFEM) e o Entendimento do STF sobre o Assunto”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 4, n. 4. Vitória: PGE/ES, 2005.

GIFIS, Steven H.. *Law dictionary*, 5. ed.. Barron’s, 2003.

GODDEN, Lee; LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette; TEHAN, Maureen. “Accommodating Interests in Resource Extraction: Indigenous Peoples, Local Communities and the Role of Law in Economic and Social Sustainability”. In: *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 26, n.º 1, pp. 1-30, 2008.

GOMES, Simone Maiato. “Os Royalties do Petróleo – Indenização – Hipótese de Inconstitucionalidade dos Critérios de Pagamento e Aplicação”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 59, 2005.

GUEDES, Paulo. “Os royalties, o Supremo e o estado de direito”. Disponível em: Acesso em: <http://revistaepoca.globo.com/opiniaopaulo-guedes/noticia/2013/03/os-royalties-o-supremo-e-o-estado-de-direito.html>. Acesso em: 08/09/2013.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; OLBERTZ, Karlin. “Federação e Royalties”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUTMAN, José. “Natureza jurídica dos royalties no Brasil”. In: *Petróleo, Royalties e Região – Boletim do Mestrado em Planejamento Regional e Gestão de Cidades da Universidade Candido Mendes – Campos*, ano IV, n. 16, Junho. Rio de Janeiro: pp. 5 e 6, 2007.

GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Maria Augusta Delgado, 2007.

HARADA, Kiyoshi. In: *Direito Financeiro e Tributário*, 19. ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

HARADA, Kiyoshi. *Royalties do pré-sal*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390 Kiyoshi Harada&ver=1136>. Acesso em: 06/03/2013.

HONDA, José Antonio. *Energy Law in Peru*. Great Britain: Kluwer Law International, 2010.

JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributário*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

JARDIM, Eduardo Marciel Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993.

JOHNSTON, Daniel. *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. Tulsa: 1994.

KAISER, Mark J.; PULSIPHER, Allan G.. *Fiscal System Analysis: Concessionary and Contractual Systems Used in Offshore Petroleum Arrangements*. U.S. Department of the Interior, Minerals Management Service, Gulf of Mexico OCS Region, New Orleans, 2004.

KUNCE, Mitch; MORGAN, William E.. “Taxation of Oil and Gas in the United States 1970-1997”. In: *Natural Resources Journal*, 45, 2005.

LEAL, José Agostinho; SERRA, Rodrigo. “Uma investigação sobre os critérios de repartição dos *royalties* petrolíferos”. In: PIQUET, Rosélia (org.). *Petróleo, Royalties e Região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. “As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta”. In: *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, 2009, p. 534. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03/05/2013.

LUCIANO, Kevin. *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*. Paris: Fondation Varenne, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. “Taxa e Preço Público”. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, n. 10.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. In: *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MANOEL, Cácio Oliveira. “Natureza jurídica dos royalties do petróleo”. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7056.pdf>. Acesso em: 10/05/2013.

MARTINEZ, Pedro Soares. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 1983.

MARTINS, Cláudio. *Compêndio de Finanças Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NABAIS, José Casalta. *Contratos Fiscais – Reflexões acerca de sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*, 5.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2009.

NADER, Vinicius. “Rio deixou de arrecadar R\$ 8,9 bi com ICMS”. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,rio-deixou-de-arrecadar-r-89-bi-com-icms-,1009007,0.htm>. Acesso em: 04/09/2013.

NAKHLE, Carole. *Petroleum Taxation – Sharing the oil wealth: a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow*. Oxon: Routledge, 2008.

NASCIMENTO, Antônio Theodoro. *Preços, Taxas e Parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NASCIMENTO, Antônio Theodoro. *Tratado de Direito Tributário Brasileiro: preços, taxas e parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NOVOA, Cesar Garcia. *El concepto de tributo*, 1^a ed. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2012.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. “A Origem Constitucional dos Royalties do Petróleo e o Princípio Federativo”. In: *Repertório de Jurisprudências IOB – Tributário, Constitucional e Administrativo*, vol. I, n. 10, 2009.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – *government take*”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Estudos e Pareceres de Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.

PALIAHVILI, Irina. *The concept of production sharing*. Disponível em: http://www.rulg.com/documents/The_Concept_of_Production_Sharing.htm. Acesso em: 09/06/2012.

Parecer nº 003/2010-PROGE/DNPM-LGM. Relator Procurador Federal Leopoldo Gomes Muraro. Disponível em: http://www.dnpm.gov.br/mostra_arquivo.asp?IDBancoArquivoArquivo=6275. Acesso em: 13/09/2013.

Parecer/PROGE nº 564/2007-RPM. Relator Procurador Federal Ricardo Mourão Pereira. Disponível em: http://www.dnpm.gov.br/mostra_arquivo.asp?IDBancoArquivoArquivo=6547. Acesso em: 13/09/2013.

PINHO, Cláudio A.. *Pré-sal – História, Doutrina e comentários às leis*. Belo Horizonte: Editora Legal, 2010.

POSTALI, Fernando Antonio Slaibe. *Renda mineral, divisão de riscos e benefícios governamentais na exploração de petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDS, 2002.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de Finanças Públicas*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

RIBEIRO, Marida Rosado de Sá. “Perspectiva de mudança cria insegurança para contratos”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/76548-perspectiva-de-mudanca-cria-inseguranca-para-contratos.shtml>. Acesso em: 08/09/2013.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; JACOBINA, Rodrigo. “Tax Regime and Business Plan”. In: *Brasil Energy*, year 33, n. 432 – June 1, 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENFELD, Amy B.; GORDON, Debra L.; GUERIN-MCMANUS, Marianne. “Approaches to Minimizing the Environmental and Social Impacts of Oil Development in the Tropics”. In: GAO, Zhiguo (ed.). *Environmental Regulation of Oil and Gas*. London: Kluwer Law International, 1998.

RUBINSTEIN, Flávio. In: CONTI, José Mauricio de (Coord.). *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SACAFF, Fernando Facury. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/contas-vista-questao-royalties-leva-debate-federalismo-stf>. Acesso em: 08/09/2013.

SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, Joao Taborba da. *Manual de Direito Fiscal Angolano*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. *Royalties do Petróleo à Luz do Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

SAUER, Ildo. “A importância do Pré-Sal no desenvolvimento do Brasil”. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/economia/a-importancia-do-pre-sal-no-desenvolvimento-do-brasil/?autor=597>. Acesso em: 04/11/2013.

SCAFF, Fernando Facury. “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM): Natureza Jurídica, Competência Normativa e Prescrição”. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 183-206, 2006.

SCHANTZ Jr., Radford. “Purpose and Effects of a Royalty on a Public Land Minerals”. In: *Resources Policy*, Butterworth-Heinemann, v. 20, n. 1, 1994.

SEABRA, Alessandra Aloise de; GONÇALVES, Alcindo; POLETTE, Marcus; CASILLAS, T. Ángel DelValls. “Vinculação de royalties – um pressuposto essencial de sustentabilidade para a zona costeira brasileira”. In: *Petróleo, gás e meio ambiente / [recurso eletrônico] 2012 / Alcindo Gonçalves, Maria Luiza Machado Granziera (Organizadores)*. -- Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996

SILVA, Suzana Tavares da. *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra: Almedina, 2011.

SILVA, Suzana Tavares da. “O princípio (fundamental) da eficiência”. In: Estudo publicado na ocasião do III Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “Novos e Velhos Princípios de Direito Público” nos dias 29 e 30 de Janeiro de 2010.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. “A Compensação Financeira: receita tributária ou patrimonial? Algumas questões”. In: SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Ordem Econômica e Social. Estudos em homenagem a Augusto Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTR, 1999.

SPRINGER, Paulo. “Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?”. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 10/11/2013.

TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments – A Study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum*. 2nd Ed. Holanda: Klumer Law Internacional, 2008.

TEIXEIRA, António Braz. *Princípios de Direito Fiscal*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1985.

TÔRRES, Heleno Taveira. “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, CF) – sua natureza jurídica”. In: ROCHA, Vladimir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 2, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2011.

VILLEGAS, Héctor Belissario. *Curso de finanzas, derecho financeiro y tributário*. 9^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 29, pp. 10 a 25.

XAVIER, Alberto. *Manual de Direito Fiscal I*. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974.