

DANIEL TOBIAS ATHIAS

**Regulação e *royalties* de minério e petróleo:
estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Fernando Facury Scaff

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

DANIEL TOBIAS ATHIAS

**Regulação e *royalties* de minério e petróleo:
estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Associado Fernando Facury Scaff.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

BANCA EXAMINADORA

Fernando Facury Scaff

*À minha família e meus amigos, as pessoas
que tiveram de arcar com a minha ausência.*

AGRADECIMENTOS E DÍVIDAS

Um indivíduo assume o compromisso de produzir um texto escrito com um único propósito: que seja lido, por quem quer que seja. Apesar dos medos, receios e apreensões (dentre outros termos aplicáveis) das críticas que poderão ser apresentadas e a eterna relutância de “liberar” um texto, ainda assim se deseja o compromisso de leitura de alguém do público. (In)felizmente o público é sempre pequeno, o que, de forma menos apreensiva, reduz as críticas, porém também reduz as possíveis instâncias de leitura.

Ou seja, o ofício de escrever¹ tem aspecto nitidamente *público* ou voltado para o público, e embora se possa afirmar que o autor escreve para si, ele também escreve para a sociedade.

Contudo, o ofício de escrever é uma atividade individual e solitária, envolvendo reflexões internas do autor com os textos que leu e suas ideias, e principalmente como isso se traduz nos parágrafos que refletirão justamente esse raciocínio. Não se pode, assim, se socorrer de reflexões de terceiros, pois ao fim terá de ser produzido um texto assinado pelo autor.

A atividade acadêmica de pós-graduação clama por um texto e essa necessidade terá de ser saciada, bem ou mal.²

Assim, não tenho receio em declarar que o texto que segue não foi apenas escrito para mim, mas para a comunidade acadêmica, na expectativa de que algum interessado, em algum momento da história, pegue o texto e dele possa extrair algo que lhe seja útil, nem que seja para uma nota de rodapé ou uma frase de crítica. Embora tenha sido laborioso, o texto sempre poderia ser melhor, mas ele reflete nitidamente o melhor que pode ser produzido no atual momento acadêmico do autor. Autocríticas com certeza existem, mas há consciência das limitações temporais e acadêmicas do momento.

¹ Não me senti à vontade em adotar a expressão *ofício do verso*, do livro do mesmo nome de Jorge Luis Borges, pela disparidade entre os textos, então o adaptei sutilmente.

² Como bem destaca Winston Churchill: “Escrever um livro é uma aventura. No início, é um brinquedo, depois um divertimento. Então ele se torna uma amante, vira um dominador, se transforma em tirano e, no último estágio, quando se está quase acostumado com a servidão, mata-se o monstro e se o atira ao público.” (CHURCHILL, Winston. *A sutileza bem-humorada de Winston Churchill: suas grandes tiradas...* Organizado por Richard Langworth; tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Odisseia, 2012. p. 113).

Sobre essas reflexões, encantou-me o prefácio preparado por Daniel Raymond ao seu livro *Thoughts on political economy*, valendo uma citação que, embora longa, serve de algum conforto para autores que ainda estão produzindo seu primeiro trabalho acadêmico de maior fôlego (peço licença aos leitores para citar o original em inglês para que nada se perca na tradução):

*The following sheets were written to please myself – my principal object in writing them, was employment. The public has not seen fit to give me constant employment in my profession otherwise this book had never been written. [...] I fear I can plead nothing which the public will think satisfactory – I cannot avail myself of that stale excuse, “the solicitation of friends,” for no person, save the printer, ever saw the book in manuscript, and of course they would not have advised me to publish it. Whether it would have been possible to obtain their solicitation or not, is more than I can say, as I was afraid to make the attempt, lest I should get **discouragement** instead of **solicitation**. The best excuse me excuse I can allege for publishing, is, that it pleased me to do so, and one feels a sort of satisfaction in doing as he pleases, without consulting any one. [...] I have no excuse or apology to make for the imperfections of the performance. It is as perfect as I could make it, in the time and with the materials I possessed; although for less perfect that it ought to be.³*

A citação reflete vários dos anseios que tive no preparo desta dissertação, com as devidas ressalvas, naturalmente. A partir dessas reflexões, gostaria de iniciar os meus agradecimentos.

Durante esta etapa do mestrado tive amplo e irrestrito apoio do meu orientador, o Professor Fernando Facury Scaff, que, além de ser uma reconhecida autoridade no tema abordado, leu, releu, discutiu, corrigiu, orientou e, mais importante, se mostrou paciente com o amadurecimento do texto e das discussões desenvolvidas. Apesar das críticas acirradas e diretas, o Professor Scaff sempre esteve disponível para corrigir os possíveis equívocos que estavam sendo cometidos (os erros que persistem são de minha culpa) e acompanhar sua evolução. Eu genuinamente o agradeço pelo apoio e pela orientação.

Aos queridos Fernando e Denise Scaff, agradeço pela acolhida em terras estrangeiras.

Naturalmente, nada desse trabalho seria possível sem o apoio da minha família. Perdoem-me pai, mãe, Arianne, Jordana, Victor, Rafael, Maria Luisa, Fabrício e Marcos pela distância, tanto física quanto emocional, e as inúmeras datas comemorativas e não

³ RAYMOND, Daniel. *Thoughts on political economy*: in two parts. Baltimore: Fielding Lucas Junior, 1820.

comemorativas em que não pude estar presente. Embora ausente, sabia que todos estavam comigo e me acompanhando. A saudade é imensa e espero que compreendam. A todos, os meus agradecimentos.

Em relação aos amigos, temo esquecer nomes daqueles cuja ajuda ou apoio foi inestimável. Farei uma tentativa, com certeza deficiente e falha, de citar aqueles que me vêm a memória: Alexandre, Camila, Danielle, Felipe, Francisco, Gabriel, Gustavo, Isabela (especialmente pela leitura e revisão), Laercio, Leonardo, Marcela, Ricardo e Victor. De qualquer forma, saibam que estou ciente de todos os finais de semana ausentes, mensagens não respondidas, desculpas inventadas, viagens e confraternizações desmarcadas e quaisquer outros eventos em que não me senti à vontade para participar, enquanto pesava sobre mim o peso deste trabalho. Farei o meu melhor para compensar a todos por essa ausência.

Agradeço às minhas duas famílias profissionais, os escritórios Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff Advogados e Grinberg Cordovil Advogados. Ambos incentivam suas equipes a aprofundarem constantemente seus conhecimentos acadêmicos, sendo compreensivos quanto às horas afastadas do trabalho, em compromissos acadêmicos.

Cabe um último agradecimento nominal e especial a Luisa, a pessoa que acompanhou mais de perto o anseio da produção do texto. Obrigado pela paciência, pelo carinho e pela torcida. O sofrimento foi compartilhado e espero que possa lhe retribuir.

A todos que tiveram alguma participação neste trabalho, cientes ou não, agradeço-lhes pela troca de experiência que certamente o enriqueceu.

Registro que meus agradecimentos são uma verdadeira confissão de dívida e espero que possa lhes retribuir ao menos com minha presença “mais presente”. Infelizmente, o tempo que passou não se recupera, mas me esforçarei em desfrutar o que nos restar com todos.

All hopen abandon, ye who enter in!

Dante Alighieri (*Divine comedy – Inferno*)

The wheel is come full circle; I am here.

William Shakespeare (*King Lear*)

RESUMO

ATHIAS, Daniel Tobias. *Regulação e royalties de minério e petróleo: estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2018. 252 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O objetivo desta dissertação é analisar certos aspectos da relação de dois Estados distintos, Brasil e Estados Unidos, com seus recursos minerais e petrolíferos, com ênfase em questões regulatórias da exploração e financeiras, a partir da instituição de *royalties*. Antes de efetuar qualquer comparação, contextualizam-se os critérios a serem analisados, principalmente a partir da sua formação histórica, inclusive com foco na terminologia adotada por cada um, evitando-se a comparação de institutos jurídicos que não necessariamente são equivalentes, ou, ao menos, destacando quais as distinções relevantes. Apresenta-se inicialmente uma visão da política econômica dos recursos minerais de cada Estado e a formação histórica dos seus regimes de propriedade e acesso para fins de exploração. Em seguida, descreve-se o surgimento dos *royalties* em cada país e a justificativa deles, além do arcabouço jurídico vigente que regula essa receita. Definida a receita de *royalties*, discute-se a forma como essa receita é partilhada entre os entes federativos internos de cada Estado, delineando como a formação do federalismo nos países e o federalismo fiscal afetaram o rateio de receitas da exploração minerária e petrolífera. Por fim, tecem-se breves comentários sobre o regime jurídico de uso (gasto) dos *royalties*, as restrições vigentes e os objetivos a serem perseguidos. Visa-se a demonstrar que há semelhanças entre os países, apesar de terem atribuído papéis distintos para a exploração e a receita de recursos minerais e petrolíferos em suas economias.

Palavras-chave: *Royalties*. Federalismo. Federalismo fiscal. Regimes de propriedade. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT

ATHIAS, Daniel Tobias. *Regulation and royalties from minerals and oil: a comparative study of Brazil and the United States*. 2018. 252 p. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

The objective of this dissertation is to analyze certain aspects of the relationship between two different nations, Brazil and the United States, and their mineral and oil resources, with emphasis on regulatory issues of exploration and financial issues concerning the collection of royalties. Before carrying out any type of comparison, the criteria to be analyzed will be put into context, mainly from their historical formation, including the terminology utilized by each country in order to avoid comparing legal institutions that are not necessarily equal, or, at the very least, relevant distinctions will be highlighted. Initially, the political economy's vision concerning mineral resources for each country will be presented, as well as the historical formation of proprietary regimes of said resources and access for exploration. Then, the emergence of royalties will be addressed, alongside its justification and the legal framework in force that regulates this revenue. Having set forth royalties, the criteria for revenue sharing between internal federal entities will be explained, and how federalism and fiscal federalism in each country affected said criteria for revenue from exploring minerals and oil. Finally, brief comments on the legal framework for use of royalty revenue, restrictions and goals in spending will be provided. The purpose is to demonstrate how there are similarities between both countries, albeit the fact that each chose to attributed different roles to the exploration and revenue from minerals and oils in their economy.

Keywords: Royalties. Federalism. Fiscal Federalism. Proprietary regimes. Brazil. United States of America.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 REGULAÇÃO DO ACESSO AOS RECURSOS MINERAIS E PETROLÍFEROS	19
1.1 Panorama geral das políticas industrial e de desenvolvimento.....	20
1.2 Importância das atividades minerária e petrolífera para o Estado	34
1.2.1 Nacionalização dos recursos minerais e a exploração em prol do interesse público..	43
1.3 Regimes de acesso e propriedade de recursos minerais não renováveis	45
1.3.1 Brasil.....	46
1.3.1.1 Mineração	46
1.3.1.2 Petróleo	53
1.3.2 Estados Unidos	58
1.3.2.1 Mineração	59
1.3.2.2 Petróleo	64
1.4 Análise das escolhas estatais da gestão e regulação do acesso aos recursos minerais e petrolíferos	67
2 ROYALTIES NA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS	73
2.1 Justificativa e finalidade dos <i>royalties</i>	77
2.1.1 Histórica.....	77
2.1.2 Ambiental.....	82
2.1.3 Demográfica-indenizatória	87
2.1.4 Econômica-custo de oportunidade.....	91
2.2 <i>Royalties</i> na exploração de recursos minerais e petrolíferos	95
2.2.1 Incidência e previsão legal dos <i>royalties (stricto sensu)</i>	96
2.2.1.1 Brasil.....	96
2.2.1.1.1 Mineração	98
2.2.1.1.2 Petróleo	106
2.2.1.2 Estados Unidos	112
2.2.1.2.1 Mineração	113
2.2.1.2.2 Petróleo	118
2.3 Semelhanças e diferenças na cobrança de <i>royalties</i>	125

3 FEDERALISMO PATRIMONIAL E RATEIO DE RECEITAS MINERAIS E PETROLÍFERAS	128
3.1 Federalismo brasileiro e americano	128
3.2 Federalismo ambiental: interesses nacionais e impactos locais da exploração	144
3.2.1 Brasil e as condicionantes sociais	147
3.2.2 Estados Unidos: movimentos NIMBY e LULU	152
3.3 Aspectos gerais do federalismo fiscal	156
3.4 Rateio de receitas minerais	165
3.4.1 Rateio de receitas da exploração mineral <i>stricto sensu</i>	167
3.4.1.1 Brasil	167
3.4.1.2 Estados Unidos	172
3.4.2 Rateio de receitas da exploração petrolífera	173
3.4.2.1 Exploração <i>onshore</i>	174
3.4.2.1.1 Brasil	174
3.4.2.1.2 Estados Unidos	180
3.4.2.2 Exploração <i>offshore</i>	184
3.4.2.2.1 Brasil	184
3.4.2.2.2 Estados Unidos	189
3.5 Análise comparativa do federalismo ambiental, fiscal e patrimonial	191
4 USO DAS RECEITAS PÚBLICAS MINERAIS E PETROLÍFERAS	197
4.1 A questão intergeracional	199
4.1.1 Fator intergeracional nos <i>royalties</i>	203
4.2 Restrições legais - do uso das receitas	205
4.2.1 Brasil	207
4.2.2 Estados Unidos	214
4.3 A política de fundos	216
4.3.1 Brasil	217
4.3.2 Estados Unidos	219
4.4 Desafios e o despreparo intergeracional	223
CONCLUSÃO	225
REFERÊNCIAS	234

INTRODUÇÃO

A relação entre Estado, sociedade e recursos naturais não renováveis é repleta de pontos controversos, cuja abordagem pode se dar a partir de diversas perspectivas e vieses, seja focando em questões ambientais (licenciamento dessas atividades), financeiras (*royalties* e sua distribuição), econômicas (regimes regulatórios de exploração), constitucionais (competências federativas em relação à exploração) e até criminais (impactos sociocriminais advindos da instalação de parques minerários em regiões subdesenvolvidas).

O propósito deste trabalho é apresentar ao leitor um panorama amplo e geral sobre questões específicas da exploração de recursos minerais e petrolíferos no Brasil e nos Estados Unidos, comparando institutos jurídicos de ordenamentos distintos. O pano de fundo da análise apresenta como cada país enfrentou desafios semelhantes na exploração de seus recursos, tais como segurança energética, abastecimento interno e soberania.

Naturalmente, alguns detalhes não poderão ser abordados de forma exaustiva, dada a amplitude do tema, e terão de ser melhor tratados em pesquisas desenvolvidas posteriormente.

Focar-se-á, principalmente, a estrutura jurídica de uma das receitas estatais (i.e., *government take*) cobradas dessas atividades, os *royalties*, e aspectos regulatórios da exploração quanto ao acesso a esses recursos minerais e petrolíferos.

Assim, a trajetória do trabalho apresentará uma intersecção entre história, evolução legislativa, ordenamento jurídico vigente e desafios atuais sobre quatro principais pontos, títulos dos capítulos que seguem: (i) regulação do acesso aos recursos minerais; (ii) *royalties* na exploração de recursos minerais; (iii) federalismo patrimonial e rateio de receitas minerais e petrolíferas; e (iv) uso das receitas públicas minerais e petrolíferas. Esses pontos darão uma visão ampla de como o Brasil e os Estados Unidos se relacionam com a exploração dos seus recursos minerais e petrolíferos, bem como os consequentes desdobramentos dessa atividade econômica e a arrecadação, distribuição e uso dos *royalties*.

Considerando que o objeto do trabalho é comparativo, cabe apresentar algumas das justificativas acerca do objeto de estudo. Isto é, por que se optou por fazer um estudo comparativo e por que os Estados Unidos foram escolhidos como objeto de comparação? A escolha não foi aleatória. Ambos os países, além de reunirem condições passíveis de comparação, têm papel central na exploração e consumo de recursos minerais e petrolíferos no mundo, com soluções jurídicas distintas. A intenção foi justamente eleger um país que também teria algum tipo de protagonismo na exploração de recursos naturais, seja pela extração, seja pelo consumo.

Primeiro, ambos os países adotaram forte atuação estatal na busca de seu desenvolvimento, principalmente em setores de infraestrutura, não se podendo classificar os Estados Unidos como uma nação direcionada unicamente pelo setor privado (e pela sociedade civil), com ausência (ou mera supervisão neutra) do Estado. A diferença está no critério temporal eleito pela análise: não se pode olhar a fotografia atual de cada país, é preciso assistir ao filme e tentar apontar como se alcançou a atual condição, Brasil como país em desenvolvimento e Estados Unidos como desenvolvido. Embora nos Estados Unidos a tendência seja de atribuir à esfera privada poder decisório sobre a alocação econômica, isso não significa que não houve e não haverá atuação pública de direcionamento.⁴

Curiosamente, esse não é o senso comum acerca de como ambos os países enfrenta(ra)m seus problemas e preocupações em relação ao desenvolvimento econômico e à redução de desigualdades regionais e da pobreza⁵. É preciso ampliar o espectro temporal,

⁴ Esse é de certa forma o raciocínio apresentado por Ha-Joon Chang, ao afirmar que as atuais *best practices* defendidas por países desenvolvidos para países em desenvolvimento não constituem as ferramentas por eles utilizadas. Nas suas palavras: “As políticas usadas para chegar onde eles [os países agora desenvolvidos] estão agora – ou seja, políticas industrial, comercial e tecnológica ativas – são precisamente as que eles dizem que os países em desenvolvimento não devem usar por causa de seus efeitos negativos sobre o desenvolvimento econômico.” (CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004. p. 127). No mesmo sentido, Reginaldo C. Moraes e Maitá de Paula e Silva: “Contudo, como dissemos, até mesmo análises sofisticadas insistem em minimizar essa intervenção do comando estatal no desenho do modelo socioeconômico, em particular quando o discurso se dirige a países em desenvolvimento como uma ‘lição de história’. É conhecida a sentença de List segundo a qual os porta-vozes dos países industrializados de sua época – mormente a Inglaterra – operavam uma prestidigitação intelectual: utilizavam políticas de desenvolvimento e em seguida as escondiam. Subiam por uma escada e, alcançado o andar superior, lançavam-na longe, para que não fosse mais utilizada.” (MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e. *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*. São Paulo: Unesp, 2013. p. 2-3).

⁵ “Os Estados desenvolvem políticas públicas, dentre outros objetivos, para proteger determinados grupos. Essa proteção a esses grupos vulneráveis se desenvolve quer tendo em vista a fragilidade de determinados

abrangendo o período em que ambos se encontravam em fase de desenvolvimento (ou eram subdesenvolvidos). Há, de fato, políticas econômicas de forte atuação estatal.

O segundo motivo da seleção se funda no fato de os Estados Unidos terem uma abundância de reservas petrolíferas e minerais, embora o setor extrativo não tenha papel central na economia (ao contrário da importância dada no Brasil). Ademais, e como será esmiuçado, esse país foi historicamente ator central na indústria petrolífera, seja como produtor, seja como consumidor, podendo voltar a ser um dos produtores principais de hidrocarbonetos, a partir da exploração do folhelho. Em resumo, ambos os países possuem reservas significativas que poderão ser exploradas e optaram por trilhar caminhos distintos, reforçando que não é um destino aprioristicamente definido.

O terceiro motivo é que ambos os países elegeram a estrutura federativa para a distribuição de competências e a partilha de receitas. Nos dois casos se constata uma tendência pela centralização de poderes na esfera federal, principalmente devido aos desafios atuais que clamam por uma atuação coordenada. A distribuição de competências interna permite verificar como os países lidaram com a propriedade dos recursos minerais, os entes competentes para autorizar a exploração e as reações das comunidades locais diretamente afetadas. Apesar de distintos, ambos os países lidam com fortes reações de comunidades locais afetadas pelas atividades exploratórias, havendo um conflito entre interesses nacionais da exploração e os impactos locais.

Por fim, a formação histórica de cada país como colônia influenciou significativamente a relação dos Estados com seus recursos naturais, no que tange aos regimes de propriedade, cabendo avaliar como cada um lidou com a independência de seus respectivos colonizadores e como estruturaram juridicamente a propriedade de recursos que antes pertenciam às Coroas.

grupos, quer tendo em vista a necessidade de proteção (como as pessoas com deficiência ou os idosos) ou quer ainda diante do interesse do Estado em determinado objetivo, como, por exemplo, incluir determinado grupo que está abaixo de um patamar mínimo nacional de alimentação ou um grupo que necessita de amparo para regularização de suas terras. No caso do Brasil, a Constituição Federal protege diversos grupos pelos mais variados motivos específicos, tendo como pano de fundo a sua fragilidade diante de outros grupos.” (ARAUJO, Cíntia Rejane Möller de; ARAUJO, Luiz Alberto David. Intervenção: as crises econômicas atuais, os cortes de orçamento, os grupos vulneráveis e o exercício democrático. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAUJO, Luiz Alberto David (Orgs.). *A constituição à prova da crise financeira internacional*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 351).

Os motivos apresentados são tanto as razões pelas quais se elegeu os Estados Unidos, quanto os fatores que possibilitaram essa comparação. Neste ponto, cabe destacar que este trabalho não tratará das tradições das “famílias jurídicas” de cada país em relação ao *common law* e *civil law* e como se desenvolveu o ordenamento jurídico de cada um. Para fins deste trabalho, esta análise não será necessária, vez que a maioria dos temas tratados parte de legislação codificada. Não obstante, em alguns casos, onde se fará necessário, decisões relevantes dos Estados Unidos serão citadas. De qualquer forma, parte-se do pressuposto de que o leitor tenha uma noção geral da distinção, o que ora será mais do que suficiente.⁶

Cabe o registro de que, como esperado, cada país possui uma trajetória histórica própria e sistemas jurídicos distintos, o que pode tornar um exercício comparativo, na melhor das hipóteses, difícil, e, na pior, impossível, pois a forma de atuação do Estado é tanto fruto quanto fator de influência do seu atual momento. Em outras palavras, o ordenamento jurídico é tanto causa como efeito de alterações ao longo do tempo da relação entre Estado e recursos naturais.

Tentar-se-á evitar cair na fácil armadilha de apenas se debruçar sobre a existência ou não de *royalties* em cada país, quais são as alíquotas aplicadas e como são distribuídas as receitas, dentre outros pontos que, apesar da sua utilidade, não dariam uma visão completa sobre a relação entre Estado e recursos naturais, o que se entende essencial. Ou seja, não basta compreender a existência ou não desse tipo de cobrança e quais as normas em vigor, mas como ela se deu, por que ela existe e por qual motivo as respectivas legislações se encontram naquele estado. A mera nomenclatura de *royalties* também resultaria em possíveis confusões, ante a existência de *royalties* privados e públicos em ambos os países, embora com nomes diferentes – *royalties* privados (Estados Unidos) e direito dos superficiários (Brasil). Além da barreira da linguagem, seria necessário verificar se as palavras significam a mesma coisa em ambos os países, o que nem sempre é o caso.

⁶ Sobre a questão, vide: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 445 e ss.

Apresentado o contexto e o objetivo do presente trabalho, bem como indicadas as ressalvas de análise, o resultado desta pesquisa se desenvolverá a partir de quatro capítulos principais, cada qual tratando de um tema geral, apresentando as nuances de seu objeto.

O primeiro capítulo tratará do tema mais sensível relativo à exploração de recursos minerais e petrolíferos, a propriedade desses recursos. Isto é, se o país adotou um regime de propriedade pública com exploração pública, de propriedade pública e exploração privada ou um sistema misto de propriedade privada e pública; os desenhos, a rigor, são ilimitados. A sensibilidade da propriedade emana da sua relação com a soberania de um Estado, tendo a nacionalização, por exemplo, sido tema de mais de uma resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), que visavam a fortificar a posição dos Estados na liberdade de dispor de seus recursos minerais. Se, como destacado por um ex-secretário americano, “*energy security is national security*”, a propriedade e as formas de acesso a esses recursos minerais são pontos basilares do controle estatal de uma atividade que lhe é tão essencial.

No segundo capítulo, será esmiuçado como são cobrados os *royalties* em cada país, notadamente as justificativas encontradas para essa cobrança e as finalidades para as quais essas receitas deveriam servir. Nesse capítulo, verificar-se-ão as dificuldades dos Estados Unidos em adaptar seu ordenamento jurídico à atualidade, dada a inexistência de previsão de *royalties* para a mineração de forma geral e as consequências disso, e os supostos esforços modernizadores da indústria minerária no Brasil, a partir de reformas dos marcos regulatórios.

No terceiro capítulo, novamente será dado destaque às questões históricas de ambos os países em relação à formação da estrutura federalista adotada. Para além de questões de rateio das receitas minerais e as concentrações existentes em ambos os países dessas receitas, o que pode significar, na prática, a redução do seu potencial transformador pela sua dispersão ou uso por entes com menor poder para tanto, cumpre destacar comentários tecidos acerca do federalismo ambiental em ambos os países e a relação entre interesses nacionais e impactos locais da exploração.

Por fim, o último capítulo apresentará as limitações instituídas ao uso das receitas minerais arrecadadas, ao cotejar os possíveis efeitos negativos oriundos de um uso

descontrolado de receitas minerárias e petrolíferas, bem como a necessidade de se observar critérios intergeracionais, notadamente pelas especificidades da exploração de recursos naturais não renováveis.

Cada capítulo também terá um breve item ao seu final, no qual serão apresentados comentários sobre a comparação efetuada entre os dois países.

Cabe aqui destacar que um dos principais desafios enfrentados neste trabalho, feito a distância de um dos países objeto de comparação, foi justamente o acesso à informação, o que é facilitado no Brasil, a partir de uma legislação federal codificada. O ordenamento jurídico americano, pela sua estrutura e autonomia estadual, dificultou, por diversas vezes, a localização de dados e legislações específicas.

É preciso destacar que este trabalho não parte de uma noção preconcebida de que ordenamentos jurídicos estrangeiros são melhor estruturados do que o brasileiro e sequer visa a defender transplantes jurídicos e modelos *one size fits all*. O objetivo não é partir de uma crença de que o Brasil é menos desenvolvido, capacitado ou sofisticado e que o objeto visa à subordinação e traçar uma hierarquia. Não se quer fazer uma leitura acrítica de qualquer ordenamento jurídico.

A questão é apresentar a formação de cada país e como os desafios semelhantes que ambos enfrentaram resultaram em soluções jurídicas distintas ou semelhantes.

1 REGULAÇÃO DO ACESSO AOS RECURSOS MINERAIS E PETROLÍFEROS

Um dos aspectos principais da exploração de recursos minerais e petrolíferos é a forma como cada país regula o acesso a estes recursos: se, de forma geral, esse acesso é livre; se a propriedade do subsolo é atribuída ao proprietário do solo; se a propriedade é atribuída ao Estado; se atribuída ao Estado, mas com exploração pelo setor privado ou por empresa pública, as possibilidades são amplas. O desenho desse acesso pode variar entre países e no próprio país, tendo as modalidades adotadas sofrido variações ao longo do tempo.

É possível apontar semelhanças na formação histórica, nos instrumentos legais de atuação nos setores minerário e petrolífero e nos desafios enfrentados por esses setores, fatores estes que influenciaram os regimes de propriedade e acesso aos recursos naturais não renováveis. A título de exemplo, tanto o Brasil quanto os Estados Unidos foram originalmente colônias em que a exploração de recursos naturais se deu em benefício do país colonizador. Ambos também se valeram da exploração destes recursos naturais como instrumento a ser utilizado na tentativa de superar suas respectivas condições de subdesenvolvimento.

Outra semelhança foi a utilização do acesso à recursos naturais para outros objetivos não necessariamente relacionados à atividade de exploração (*e.g.* segurança nacional e autonomia energética), tal como as políticas de ambos os países de acesso para fins de ocupação de território. Nos Estados Unidos, inicialmente vê-se a utilização desse acesso amplo como instrumento de fomento à ocupação do Oeste norte-americano⁷. No caso brasileiro, embora com especificidades, houve grande incentivo para ocupação da

⁷ Leshy, John D. Testimony at the Hearing on HR. 2262, the Hardrock Mining and Reclamation Act of 2007. Subcommittee on Energy and Mineral Resources, House Committee on Natural Resources. July 26, 2007. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111hrg47609/html/CHRG-111hrg47609.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2017. E também: “Olhemos de novo o mapa das instituições de *land grant* de 190 – a sequência das ‘gerações’ de escolas ocupando o território. Confrontemos esses mapas com os dois seguintes [...] relativos à distribuição de riquezas e atividades econômicas antes e depois da Guerra Civil. A correlação é intuitiva: sugere a política de ensino superior dos *land grant colleges* como uma política de ocupação do território e uma política de desenvolvimento. Podemos até falar de uma política de superação do subdesenvolvimento, no caso do ‘velho Sul’, o Sul das grandes *plantations* oligárquicas, escravocratas e marcadas pela monocultura (algodão, tabaco).” (MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e., *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 16).

Amazônia legal, com base no mantra “ocupar para não entregar”. Isto é, os países tiveram objetivos semelhantes no acesso às terras públicas, embora com dinâmicas diferentes.

É importante registrar que, além dos diversos objetivos que poderão ser alcançados a partir de uma política de regulação de acesso aos recursos naturais, há um denominador comum: a ciência do Estado de que seus recursos naturais possuem caráter estratégico intrínseco e que são inerentes à soberania do país. Além disso, a exploração destes recursos poderá afetar significativamente o desenvolvimento da economia interna e o papel que determinado país ocupará na economia internacional.

Cientes dessas características, ambos os países possuem aspectos *públicos* na regulação do acesso e a exploração dos recursos naturais, seja pela nacionalização ou pela redução do domínio privado, tudo isso feito com reconhecimento explícito de que esta atividade é diferenciada para o país.

Neste capítulo será apresentado como os Estados se relacionam com a economia, especialmente em casos de política industrial e de desenvolvimento, com seus recursos naturais e como exercem sua soberania sobre esses recursos, a partir da regulação do acesso e da propriedade.

1.1 Panorama geral das políticas industrial e de desenvolvimento

A atuação do Estado na economia, visando ao desenvolvimento, se dá de diversas formas e desenhos institucionais, sendo moldada tanto pela formação histórica de cada país, tal como a escolha deliberada pela estruturação do mercado de determinada forma (*e.g.* predominância de financiamento por bancos públicos), quanto pela sua atual conjuntura⁸ (*e.g.* se uma questão específica requer uma atuação coordenada do Estado).

⁸ Ao menos no caso norte-americano, há aqueles que entendem que o país não parte necessariamente de ideologias mais atinentes a maior ou menor presença estatal, mas sim de um pragmatismo sobre qual seria a melhor forma de atuar sobre determinado ponto, sendo a resposta construída a partir do problema. Nesse sentido: “Em economias bem-sucedidas, a política econômica é pragmática e não ideológica. Ela [política econômica] tem sido concreta e não abstrata. É assim nos Estados Unidos. Desde o seu início, os Estados Unidos repetidamente instituem políticas para direcionar sua economia para uma nova área de crescimento – em direção a um novo espaço econômico de oportunidade. [...] A nova direção sempre foi selecionada de forma pragmática, não ideológica, e apresentada de forma concreta. [...] Sim, houve uma ‘mão invisível,’ e inovação e energia empresarial enormes. Mas essa mão invisível foi reiteradamente elevada pelo cotovelo pelo governo, e recolocada em uma posição onde poderia executar sua mágica. O governo sinalizava a

Não é de se estranhar que exista oscilação entre momentos de maior e menor grau de atuação, a depender da necessidade. Essa oscilação também é observada em setores tidos como essenciais da infraestrutura, tais como petróleo e mineração, e políticas de inovação, cujos incentivos para investimento privado nem sempre estão alinhados corretamente.⁹

A própria concepção de desenvolvimento pode ter conotações diferentes, influenciando também a estruturação das relações entre Estado e economia, sendo necessário delinear alguns dos significados que esse termo pode ter. É possível segregar a definição do termo desenvolvimento em dois referenciais teóricos, um tido como mais *economicista* e outro mais *socioequitativo*. O primeiro voltado para métricas que tratam de questões estritamente econômicas, tais como o PIB, e o segundo para questões de bem-estar e desenvolvimento de capacidades dos cidadãos de determinada sociedade. O segundo não afasta da transformação econômica a análise da condição humana, de forma que não se pode falar em desenvolvimento econômico ausente de desenvolvimento humano¹⁰. Independentemente do referencial adotado, entende-se que o termo desenvolvimento necessita incorporar, em algum grau, a transformação da estrutura e

direção, abriu o caminho, e – quando necessário – fornecia os meios”. No original: “*In successful economies, economic policy has been pragmatic, not ideological. It has been concrete, not abstract. And so it has been in the United States. From its very beginning, the United States again and again enacted policies to shift its economy onto a new growth direction – toward a new economic space of opportunity. (...) The new direction has always been selected pragmatically, not ideologically, and presented concretely. (...) Yes, there was an ‘invisible hand,’ and enormous entrepreneurial innovation and energy. But the invisible hand was repeatedly lifted at the elbow by government, and re-placed in a new position from where it could go on to perform its magic. Government signaled the direction, cleared the way, set up the path, and – when needed – provided the means.*” (COHEN, Stephen S.; DELONG, J. Bradford. *Concrete economics: the Hamilton approach to economic growth and policy*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016. p. 1 e ss. – nossa tradução).

⁹ Sobre o caso norte-americano, vide: SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt; NEGRI, Fernanda de. Ciência e tecnologia de impacto: uma análise do caso Darpa. In: RAUEN, André Tortato (Org.). *Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: IPEA, 2017. p. 413-442. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/20170705_politicas_de_inovacao.pdf>.

Acesso em: 10 mar. 2018. Sobre o caso brasileiro, vide mais recentemente: ARBIX, Glauco. À espera da mão invisível. Outra vez? *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, edição especial, p. 29-40, jun. 2017. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/wp-content/uploads/2017/06/%C3%80-ESPERA-DAM%C3%83O-INVIS%C3%8DVEL.-OUTRA-VEZ-Glauco-Arbix.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018; e ALMEIDA, Fernando Menezes de. A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa brasileira. In: FREITAS, Rafael Verás de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 99-110.

¹⁰ “Isso é claro quando Sen afirma que o ‘desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam’ e quando Nussbaum expõe que ‘o propósito do desenvolvimento é criar um ambiente ‘permitidor’ para que as pessoas possam desfrutar de uma vida longa saudável e criativa’. Essa concepção, portanto, entende o ‘Direito como desenvolvimento’, em que as riquezas obtidas com o desenvolvimento econômico não são um *fim* e sim um *meio* para que as pessoas possam perseguir a vida que desejam viver.” (ATHIAS, Daniel Tobias. *Institutional by-pass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratações (RDC)*. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFFE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 255, mar./ago. 2013).

capacidade produtivas, sendo necessário adotar uma postura ativa de dinamização dos setores produtivos.

Esse referencial, porém, sempre partirá do país que está implantando determinada política. Ou seja, a agenda econômica de países em desenvolvimento não deve ser pautada e comunicada pelos porta-vozes dos países desenvolvidos, com sugestões simplórias de abertura de mercados e foco em *vantagens comparativas*.

No início da década de 50 – durante a qual a problemática do desenvolvimento econômico dominou as preocupações dos economistas, sobretudo em virtude das questões levantadas nos países recém-libertados do colonialismo –, a maior parte da literatura econômica sobre problemas dos países subdesenvolvidos era produzida como “mercadoria” de exportação, nas antigas e actuais “metrópoles” e, em consonância com o ambiente de *guerra fria* então no seu auge, era muitas vezes informada por considerações consciente ou inconscientemente derivadas do interesse político (muitas vezes dos meros interesses estratégicos) da(s) potência(s) dominante(s). [...] Os países subdesenvolvidos ficariam assim confiados às “leis” de um livre-cambismo extremo, que não é mais do que a expressão dos interesses dominantes no contexto do capitalismo mundial, com o objectivo de subordinar a sorte daqueles países aos interesses das grandes empresas multinacionais e aos interesses estratégicos dos EUA, do mesmo modo que o primeiro livre-cambismo, enquanto projecção dos interesses económicos e estratégicos do então hegemónico capitalismo britânico, significou a sujeição económica (e política) ao imperialismo britânico dos territórios ainda não industrializados, designadamente os territórios coloniais.¹¹

Isso não produzirá o resultado prometido.

Como defendido por Ha-Joon Chang, deve-se propor uma agenda incorporando aspectos tanto *economicistas* quanto *socioequitativos*, além de questões como sustentabilidade ambiental e desenvolvimento de tecnologias¹². Essa abordagem parece ser a mais adequada, especialmente no caso do objeto de estudo, onde é essencial transformar o setor produtivo para se afastar de uma economia primária, sem ignorar o fato que o país é subdesenvolvido e com diversas necessidades socioeconômicas.

Os casos brasileiro e norte-americano são interessantes, pois ambos possuem histórico de presença estatal na economia, operando pelas vias de atuação direta e indução mediante fortes subsídios, endividamento público ou investimentos em infraestrutura

¹¹ NUNES, António José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do ‘modelo brasileiro de desenvolvimento’*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31-32.

¹² CHANG, Ha-Joon. *Hamlet without the Prince of Denmark: how development has disappeared from today’s ‘development’ discourse*. In: KHAN, Shahrukh Rafi; CHRISTIANSEN, Jens (Eds.). *Towards new developmentalism: market as means rather than master*. Cambridge: Routledge, 2013. p. 129-148.

interna. Essa realidade entra em choque com a crença de que o peso¹³ do Estado na economia nesses países é destoante, sendo os Estados Unidos menos tendentes à ingerência estatal, alinhando-se mais a um mercado de livre concorrência, ou ao menos perto disso, enquanto o Brasil seria excessivamente estatista, o que não deve ser confundido com uma economia planificada.

Essa premissa, apesar de difundida, é equivocada. O histórico desses países demonstra que há e houve uma presença estatal clara, principalmente se analisado o período referente ao início do desenvolvimento dos países. Houve maior presença estatal no início do desenvolvimento dos Estados Unidos, enquanto no Brasil observa-se uma presença mais constante e prolongada no tempo, vez que ainda se está enfrentando o desafio da superação do subdesenvolvimento.

Não se deve entender que *subdesenvolvimento* e *desenvolvimento* são etapas sucessivas, vez que são, na realidade, fenômenos isolados, de forma que é imprescindível a atuação estatal ativa e transformadora para a superação do subdesenvolvimento¹⁴. O desenvolvimento é fenômeno histórico e cultural, não existindo fases de desenvolvimento pelas quais necessariamente passam todas as sociedades. No caso de países subdesenvolvidos, entende-se que essa é uma condição específica das economias periféricas, especializadas e heterogêneas, destinadas geralmente à exportação de produtos

¹³ Toma-se por empréstimo a expressão do título do livro de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes e Maitá de Paula e Silva (MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit.).

¹⁴ Sobre esse ponto, é válida a lição de Celso Furtado: “As experiências referidas deixam claro que, no mundo atual, certas condições devem ser cumpridas pelo país de economia periférica que pretenda superar o subdesenvolvimento. As de maior relevo são: (i) um grau de autonomia de decisões que limite o mais possível a drenagem para o exterior do potencial de investimento; (ii) estruturas de poder que dificultem a absorção desse potencial pelo processo de reprodução dos padrões de consumo dos países ricos e assegurem um nível relativamente alto de investimento no fator humano, abrindo caminho à homogeneização social; (iii) certo grau de descentralização de decisões empresariais requerido para a adoção de um sistema de incentivos capaz de assegurar o uso do potencial produtivo; (iv) estruturas sociais que abram espaço à criatividade num amplo horizonte cultural e gerem forças preventivas e corretivas nos processos de excessiva concentração do poder.” (FURTADO, Celso. *A invenção do subdesenvolvimento. Revista de Economia Política*, v. 15, n. 2 (58), p. 9, abr./jun 1995. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/PDF/58-1.PDF>>. Acesso em: 10 abr. 2018). Em prefácio à obra de Antônio José Avelãs Nunes, Celso Furtado retoma essa questão em seu último texto escrito, destacando, sucintamente, que: “A pesquisa do professor Avelãs Nunes tem início numa época em que ainda era corrente ver o desenvolvimento como um processo histórico composto de fases que se sucediam automaticamente, sempre que prevalecessem as forças dos mercados. Certo: já era conhecido o pensamento de autores de vanguarda como Gunnar Myrdal e Joan Robinson. Mas foi a ruptura do paradigma neoclássico realizado pelos latino-americanos que possibilitou a emergência da visão estruturalista do desenvolvimento capitalista.” (FURTADO, Celso. Prefácio. In: NUNES, Antônio José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do ‘modelo brasileiro de desenvolvimento’*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25).

primários¹⁵. Esses processos – desenvolvimento e subdesenvolvimento – são simultâneos, se condicionam e interagem.

Cada país, em algum momento do estágio em que se encontrava no *espectro do desenvolvimento*, valeu-se de medidas atualmente tidas como ‘inadequadas’ para alavancar seu desenvolvimento interno. Isto é, sempre houve (e ainda há) a adoção de medidas protecionistas, vistas pelos porta-vozes do desenvolvimento dos países do hemisfério *norte* como ações que levariam a mercados ineficientes, aumentariam a corrupção (*e.g.*, na escolha de campeões, seja setores ou empresas) e tornariam o mercado não competitivo. Naturalmente, não se ignora que essas políticas podem também ter efeitos deletérios, destaca-se apenas que diversos países *desenvolvidos* se valeram dessas mesmas medidas para se beneficiarem.

A rigor, ambos os lados (os que defendem e criticam essas medidas) estão certos, vez que uma política deliberadamente voltada para o desenvolvimento auxiliou na aproximação a essa condição, embora, em algumas instâncias, isso também tenha provocado mau uso de recursos públicos e que, em alguns casos, a atuação estatal possa ter sido mais prejudicial do que benéfica.¹⁶

¹⁵ “As economias periféricas enquanto exportadoras de produtos primários (mais tarde se diria: na etapa do desenvolvimento para fora) não dispõem, assim, de comando sobre seu próprio crescimento, que, ao contrário, depende, em última instância, do vigor da demanda cêntrica. A demanda por produtos primários exercida pelo centro, após o rápido auge do comércio internacional que vai, digamos, de 1880 a 1914, e marca o nascimento das economias periféricas, teria revelado pouco dinamismo, por duas razões: devido ao crescimento econômico relativamente lento dos países centrais e à queda de seu coeficiente global de importações, decorrente do deslocamento da hegemonia cêntrica da Inglaterra para os Estados Unidos.” (MELLO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio*. 11. ed. Campinas: Editora Unesp, 2009. p. 17).

¹⁶ Sobre o tema, vale analisar duas reportagens publicadas pela *Revista Piauí* – O estouro da boiada, publicada em fevereiro de 2015, e O setembro negro da Sadia, publicada em novembro de 2009 – ambas de Consuelo Dieguez, e que tratam da JBS e Sadia/Perdigão, respectivamente. Afirma a autora que: “A estratégia de Coutinho era impulsionar alguns setores que, na sua visão, ajudariam a estimular o crescimento econômico como um todo. Os ungidos a serem os campeões nacionais, como o banco definiu essa estratégia, foram alguns frigoríficos escolhidos a dedo, e empresas das áreas de papel e celulose, mineração, petróleo e petroquímica. Na visão de Coutinho, eram setores que apresentavam mais condições de competir no exterior. Recebeu uma saraiada de críticas. Primeiro, pelo fato de apostar em *commodities* em vez de procurar desenvolver empresas de alta tecnologia, como fizeram Japão e Coreia na década de 50, elevando a indústria desses países a outro patamar. Segundo, por aportar tanto dinheiro público em negócios que beneficiaram muito mais os controladores das empresas do que o país em sua totalidade, o que muitos entenderam como favorecimento. ‘O banco nunca conseguiu explicar os critérios de escolha dos campeões nacionais’, disse o economista Mansueto Almeida, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o Ipea, um dos mais severos críticos da estratégia de Coutinho. ‘Vender boi não vai impactar no bem-estar coletivo e nem modernizar a indústria nacional.’ Em um artigo no jornal O Estado de S. Paulo, o economista José Roberto Mendonça de Barros – que ajudou na formulação do programa econômico do candidato do PSDB à Presidência da República – também atacou a estratégia dos campeões nacionais do BNDES, com destaque para o caso da JBS, a maior beneficiada. ‘Com o suporte do banco de 10 bilhões à empresa, vale a pena se perguntar se o país ganhou com a operação’, questionou o economista. Concluiu

O Estado sempre exerceu papel essencial no âmbito da economia. Não seria adequado falar em ausência da presença estatal no âmbito do mercado; deve-se rejeitar a noção de que Estado e mercado são modos opostos e distintos de organizar atividade econômica¹⁷, mas sim que existem formas distintas de atuação. Não há mercado totalmente livre, pois até nas sociedades conhecidas como mais economicamente liberais, o Estado exerce papel essencial.¹⁸

Nesse sentido, os Estados Unidos, país conhecido como um dos mais liberais economicamente, têm larga tradição em políticas intervencionistas, desde antes das mudanças estruturais do *New Deal*, passando pelo movimento *buy american*, subsídios vultosos dados à agricultura nacional, veto direto às operações de fusões e aquisições¹⁹, e até política de desvalorização da moeda, com o fito de fomentar a indústria nacional²⁰. Não são recentes os equívocos sobre a forma de como o Estado americano se relaciona com o mercado:

O magistral *Da democracia na América* de Alexis de Tocqueville levava aos europeus aquilo que o aristocrata normando via como as grandes lições do Novo Mundo – o avanço da igualdade, suas glórias e seus riscos. A ciência política ocidental (e a norte-americana, em especial) sublinhou duas ideias fortes desse estudo. Uma delas a inclinação dos norte-americanos para criar e multiplicar associações civis. A outra, a fraca presença do Estado na regulação da vida social.

De outro lado, o alemão Georg Friedrich List destacava, no experimento alémmar, algo que sugeria lições bem diferentes. Entusiasmava-se com a intervenção estatal na construção da infraestrutura para o desenvolvimento do país, com ênfase nas ferrovias e na política industrialista de Alexander Hamilton. A

que não: ela pouco impactou no desenvolvimento da economia em geral, como teria ocorrido caso o dinheiro fosse investido em ampliação de linhas de metrô, estradas e hidrelétricas.” (DIEGUEZ, Consuelo. O estouro da boiada. *Revista Piauí*, n. 101, fev. 2015. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-estouro-da-boiada/>>. Acesso em: 10 mar. 2018).

¹⁷ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The state and the economy. In: SMELSER, Neil; SWEDBERG, Richard (Eds.) *The handbook of economic sociology*. 2nd ed. Princeton, NJ: Princeton University Press 2005. p. 505.

¹⁸ De acordo com Gilberto Bercovici: “A existência de uma Constituição Econômica nas Constituições liberais pode, ainda, ser demonstrada a partir das disputas travadas na elaboração da primeira Constituição moderna e última Constituição de modelo liberal que ainda permanece em vigor nos dias de hoje: a Constituição norte-americana de 1787. Segundo o relato do historiador Forest McDonald, durante os trabalhos da Convenção da Filadélfia de 1787, travou-se uma grande polêmica em torno da proposta de cláusula que garantiria a liberdade contratual. Esta cláusula não foi aprovada pelos convencionais. No entanto, Alexander Hamilton conseguiu inseri-la no texto constitucional norte-americano (em que figura no art. I, seção 10) após as votações, na segunda semana de setembro de 1787, durante a reelaboração do texto aprovado pela Comissão de Estilo.” (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 98-99).

¹⁹ Curiosamente, isso ocorreu no setor de exploração petrolífera. Houve tentativa de aquisição de empresa de petróleo americana por uma empresa nacional chinesa, as empresas Unocal Corp. e China National Offshore Oil Corporation (CNOOC). Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/08/02/AR2005080200404.html>>. Acesso em: 12 maio 2018.

²⁰ Disponível em: <http://www.newyorker.com/talk/financial/2012/10/08/121008ta_talk_surowiecki>. Acesso em: 10 mar. 2018.

mensagem de List não se tornou *mainstream* na ciência política norte-americana, mas fez germinar correntes heterodoxas nada desprezíveis no Novo Mundo, no Velho Mundo e... naquilo que viria a ser o “Terceiro” Mundo.²¹

Gilberto Bercovici apresenta mais detalhes referentes à constatação de Friedrich List, ao resgatar os argumentos dos *cameralistas* alemães e as propostas levantadas pelo referido autor a partir da experiência norte-americana, onde teve contato com autores²² que defendiam a adoção explícita de políticas protecionistas à indústria incipiente daquele país. Assim, List definiu a “economia política como economia nacional que deveria proteger sua indústria da concorrência britânica para que pudesse se desenvolver adequadamente”, sendo que cada nação teria caminho próprio para se desenvolver, “cada Nação possuiria sua economia política própria”.²³

No caso dos Estados Unidos, Alexander Hamilton talvez tenha sido o primeiro a tratar da necessidade de participação do Estado para corrigir os rumos do desenvolvimento, quando das discussões sobre a necessidade de industrializar o país, ou valer-se de supostas vantagens comparativas. Ele abordou especificamente a necessidade de o Estado intervir para incentivar a industrialização, para garantir o crescimento em diversas outras áreas, em contraposição ao foco na indústria agroindustrial:

Todavia, ainda há aqueles cujas opiniões são contrárias ao incentivo dos produtos manufaturados. Os argumentos utilizados para defender essas opiniões são, substancialmente, os seguintes. Em todo país (dizem os defensores) a agricultura é o objeto mais benéfico e produtivo da indústria humana. Esse posicionamento, se não universalmente verídico, aplica-se com ênfase peculiar nos Estados Unidos, dado o fato que há extensões imensas de território fértil não habitado e desaproveitado. Nada pode se dar o luxo de abrir mão da vantagem de emprego de capital e mão de obra, tal como na conversão dessa região de mato em fazendas cultivadas. Nada em comparação com isso pode contribuir para a população, força e riqueza do país.²⁴

²¹ MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 1.

²² Gilberto Bercovici faz menção a Alexander Hamilton (*Report on the subject of manufactures*), Mathew Carey (*Essays on political economy*) e Daniel Raymond (*The elements of political economy*).

²³ BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDPE*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 202, mar./ago. 2012.

²⁴ No original: “*There still are, nevertheless, respectable patrons of opinions, unfriendly to the encouragement of manufactures. The following are, substantially, the arguments, by which these opinions are defended. In every country (say those who entertain them) Agriculture is the most beneficial and productive object of human industry. This position, generally, if not universally true, applies with peculiar emphasis to the United States, on account of their immense tracts of fertile territory, uninhabited and unimproved. Nothing can afford so advantageous an employment for capital and labour, as the conversion of this extensive wilderness into cultivated farms. Nothing equally with this, can contribute to the population, strength and real riches of the country.*” (HAMILTON, Alexander. *Report on manufactures*. Disponível em: <http://www.constitution.org/ah/rpt_manufactures.pdf>. Acesso em: 08 de maio 2018 – nossa tradução).

Uma discussão quase idêntica ocorreu no Brasil na década de 1940, nos debates entre Roberto Simonsen e Eugênio Gudín sobre a necessidade ou não de um planejamento econômico visando à industrialização. No caso, Roberto Simonsen defendia um amplo planejamento econômico para o País, justamente com base em argumentos históricos de países já desenvolvidos (tal como os Estados Unidos), para superar a agricultura, como destacado por Alexander Hamilton:

O Estado deveria estar presente, contudo, sem concorrer com a iniciativa privada, pelo contrário. Para tanto, deveria este Estado promover um planejamento econômico e principalmente uma política aduaneira protecionista e não somente de caráter fiscal, porque sendo a indústria uma atividade superior em relação à agricultura, ela promove, em última instância, nosso desenvolvimento econômico, pois a indústria remunera melhor o seu trabalhador e concorre para a elevação da renda nacional; com isso, nosso país se tornaria mais rico, em melhores condições de concorrer com os demais países com os quais possui uma relação comercial.²⁵

De outro lado, Eugênio Gudín defendia foco no setor agrícola, a partir das vantagens comparativas, ignorando a necessidade de uma política industrial e as possíveis consequências da deterioração dos termos da troca. Roberto Simonsen não ignorava a importância da agricultura, mas defendia a necessidade de uma transformação do setor produtivo.

Sem pretender entrar no mérito das diversas feições que o Estado brasileiro assumiu em relação ao seu papel na economia²⁶, houve transição de um Estado eminentemente desenvolvimentista (com papel alocativo do setor público e ferramentas para intervenção no domínio econômico e a substituição de importações) para um neoliberalismo moderado (em vista de falhas do governo, crise fiscal e transição de função alocativa para o setor privado e o mercado) e, finalmente, para o novo ativismo estatal (que prevê papel importante para o mercado e para o Estado, com instituição de políticas

²⁵ RODRIGUES, C. H. L. *A questão do protecionismo no debate entre Roberto Simonsen e Eugenio Gudín*. 2005. 160 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Econômicas, Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2005. p. 26.

²⁶ Para um aprofundamento maior sobre esta questão ver COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Economia política e direito econômico: do desenvolvimentismo aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 581-617; BERCOVICI, Gilberto, Política econômica e direito econômico, cit.; COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 54, n. 353, p. 14-26, mar. 1965; ARBIX, Glauco; MARTIN, Scott. *Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: inclusionary state activism without statism*. March 12-13, 2010. Disponível em: <http://www.law.wisc.edu/gls/documents/paper_arbix.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

industriais e inclusão de questões sociais). Percebe-se claramente que o Estado sempre teve, independentemente do momento, papel importante na Economia e, portanto, na sociedade.

Embora diversos exemplos possam ser dados acerca do papel do Estado na economia de ambos os países, apresentar-se-ão dois, a utilização de bancos públicos e o uso do endividamento para financiar projetos de infraestrutura.

No caso dos bancos públicos nos Estados Unidos, Alexander Hamilton propôs a criação do *First Bank of the United States* para, além de administrar as dívidas referentes às guerras da revolução americana, financiar *internal improvements* no país. Isto é, o banco financiaria projetos de infraestrutura que exigissem amplo capital não disponível por meio de financiamento unicamente privado. O banco foi criado com prazo de duração de 20 anos (1791-1811), a partir do qual caberia ao Congresso renovar ou não o *charter* de sua criação, o que não foi feito. A criação desse banco, porém, não foi apoiada por todos, havendo oposição, principalmente de James Madison, que, curiosamente, aprovou o *charter* de criação do *Second Bank of the United States*.²⁷

A polêmica sobre o banco não foi necessariamente acerca do papel que poderia ter na economia, mas sim sobre poderes do Congresso, em face dos Estados. Um dos Estados (Maryland) se opôs fortemente ao banco, impondo tributos à agência local, na tentativa de impedir o seu funcionamento. Esse caso foi analisado pela Suprema Corte, entendendo a Corte que o Congresso (esfera federal) teria amplos poderes implícitos, que lhe permitiriam criar um banco nacional, o qual não poderia ser taxado por um Estado.²⁸

²⁷ O clamor para a reinstituição de um banco público nacional veio após os efeitos da Guerra de 1812 e as dívidas dos Estados Unidos, e muitos entenderam que um novo banco “*would again provide relief for the country’s ailing economy and help in paying its war debt*”. Assim: “*In April 1814, President James Madison, who had opposed the creation of the first Bank of the United States in 1791, reluctantly admitted to the need for another national bank. He believed a bank was necessary to finance the war with Britain. But later that year, progress in peace negotiations led Madison to withdraw his support for the proposed national bank. After peace with Britain came in 1815, Congress rejected new efforts to create the bank. In the months that followed, however, the federal government’s financial position deteriorated amid a broader economic downturn. Many state-chartered banks had stopped redeeming their notes, which convinced Madison and his advisers that the time had come to move the country toward a more uniform, stable paper currency. In his annual report, Dallas again called for the establishment of a national bank. After much debate and a couple of additional attempts, Madison finally signed in April 1816 an act establishing the second Bank of the United States.*” (Disponível em: <https://www.federalreservehistory.org/essays/second_bank_of_the_us>. Acesso em: 08 maio 2018).

²⁸ Trata-se do caso *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819), no qual se decidiu que: “*Congress has power to incorporate a bank. The Act of the 10th of April, 1816, ch. 44, to ‘incorporate the*

O Brasil também se valeu de banco público, na tentativa de desenvolver sua infraestrutura interna, o qual, ao contrário da estrutura de financiamento de outros países, tal como os Estados Unidos na atualidade, exerceu

[...] papel proeminente na mediação das relações financeiras. Desde o início da empreitada industrial até o momento presente, tem cabido ao Estado a maior parte dos financiamentos de longo prazo do país, assim como também tem sido sua responsabilidade formar a base financeira (*funding*) a qual tem dado suporte a essa forma de intervenção.²⁹

Ou seja, é o financiamento público e não o privado que cumpre o papel de alocação de recursos no Brasil, mediando poupadores e atividade empresarial.

Em que pesem as possíveis e cabíveis críticas sobre os equívocos na política de investimento de campeões nacionais e a escolha de *players* e não setores, e o investimento em segmentos de mercado não necessariamente mais adequados para a transformação do setor produtivo, além dos problemas de transparência das operações financeiras realizadas, é inegável que o BNDES exerce papel relevantíssimo e central na economia brasileira.

O último ponto que merece destaque, e também atrelado a questões fiscais e bancos públicos, é a utilização do endividamento público para fins de financiamento de empreendimentos de infraestrutura.

subscribers to the Bank of the United States' is a law made in pursuance of the Constitution. The Government of the Union, though limited in its powers, is supreme within its sphere of action, and its laws, when made in pursuance of the Constitution, form the supreme law of the land. There is nothing in the Constitution of the United States similar to the Articles of Confederation, which exclude incidental or implied powers. If the end be legitimate, and within the scope of the Constitution, all the means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, and which are not prohibited, may constitutionally be employed to carry it into effect. [...] The Bank of the United States has, constitutionally, a right to establish its branches or offices of discount and deposit within any state. The State within which such branch may be established cannot, without violating the Constitution, tax that branch. The State governments have no right to tax any of the constitutional means employed by the Government of the Union to execute its constitutional powers. The States have no power, by taxation or otherwise, to retard, impede, burthen, or in any manner control the operations of the constitutional laws enacted by Congress to carry into effect the powers vested in the national Government.” (Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acesso em: 08 maio 2018).

²⁹ SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista de Direito GV*, v. 6, n. 1, p. 228, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>>. Acesso em: 09 maio 2018.

Nos Estados Unidos, Alexander Hamilton foi enfático em destacar que a dívida pública seria uma benção ao país³⁰ pois, ciente da incapacidade do crédito privado, havia a crença de que o Estado teria papel essencial no financiamento de seu início, além do ônus oriundo das guerras recentemente travadas e a dificuldade na arrecadação de tributos. Como destacado acima, o Estado veio na forma de um banco nacional e a ampla participação dos governos subnacionais na promoção de obras públicas de infraestrutura (no inglês, *internal improvements*).³¹

Nesse novo papel, os Estados (ente federativos) atuaram como “intermediadores e captadores de capital, dentro ou fora dos Estados Unidos, para projetos”³² de ferrovias, estradas e canais, dentre outros. Não apenas isso: nessa euforia e ativismo dos governos subnacionais, os “estados não apenas tomaram a iniciativa de se endividar, criar corporações, investir em infraestrutura, como também incluíram dispositivos em suas legislações que permitiam coisa similar às municipalidades”³³. Em que pese o avanço de projetos de desenvolvimento interno, a ressaca do endividamento subnacional começou a surgir a partir de depressões econômicas, havendo a moratória de dívidas de vários Estados em 1842. Ocorreu, em conjunto com o não pagamento, a “denúncia de ilegitimidade das dívidas, com a ameaça, portanto, de que jamais fossem pagas”³⁴. Embora esse posicionamento tenha gerado ameaças de represálias³⁵, tendo sido sugerida amplamente a

³⁰ “A national debt, if it is not excessive, will be to us a national blessing.”

³¹ “The ‘internal improvement interest’ was ‘the most powerful interest that ever existed in the United States’, [...] and they would treat all such abstractions as states rights and constitutionality as a railroad treated a cows on a railroad track – ‘blow the alarm whistle first and then’ proceed to run them down. The ‘railroad interest’ would advocate an increase in tariff rates and a distribution of the land sales; and Bates was told to explain the plan of operation to ‘state commissioners’ abroad who were negotiating loans in order that they might ‘take care to give it a local adaptation.’” (MCGRANE, Reginald C. *Foreign bondholders and american state debts*. New York: The Macmillan Company, 1935. p. 27).

³² MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 21.

³³ MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 21.

³⁴ MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 21.

³⁵ “On May 23, 1842, Hope wrote to the Barings proposing that all the influential financiers of Europe should unite not to touch the loan of the United States government until the states resumed their payments, or at least until the doctrine of repudiation was done away with. This would compel the national government to take energetic measures toward those states which had failed to meet their payments, perhaps even give them pecuniary assistance. ‘The Americans cannot go on without European capital,’ wrote Hope, ‘and we ought to withhold it, until we see proper measures taken to repace their credit by conducting themselves like honest debtors ought to do’. This was imperative, as the Democratic party, which had originated the repudiation doctrine, was gaining ground in several of the states and there was no saying how far these ideas might spread ‘if not checked in time’.” (MCGRANE, Reginald Charles, *Foreign bondholders and american state debt*, cit., p. 31-32).

federalização das dívidas subnacionais (tal como já ocorreu no Brasil), em muitos casos simplesmente houve recusa de pagamento.

Naturalmente, isso culminou na proibição posterior de subsídios públicos para esse tipo de investimento por diversos Estados. Isso, porém, não abalou a participação estadual na economia, tendo as municipalidades assumido maior protagonismo, e “se no fim dos anos 1830 o débito dos estados era cerca de oito vezes o débito nacional somado aos de governos locais, em 1900 o débito dos governos locais era cerca de oito vezes o endividamento do estado, invertendo a situação de 1839”.³⁶

Tal como ocorreu nos Estados Unidos com o *default* de dívidas públicas, o Brasil, em seu passado recente, passou por algumas modalidades de declaração de moratória da dívida externa, desencadeada na década de 1980, nas crises de dívida externa da América Latina. A primeira moratória ocorreu em 1983, logo após o pedido de moratória do México. Isso resultou na redução da confiança dos bancos estrangeiros no País, ocasião em que foram apresentadas ao País duas alternativas, “declarar uma completa moratória ou declarar uma moratória branca (não agressiva) do principal e continuar a pagar os juros e os dividendos enquanto negociava com o FMI e os principais credores”³⁷. Foi escolhida a segunda alternativa.

Essa medida foi tomada em mais duas ocasiões, influenciadas principalmente por problemas conjunturais e políticas fiscais externos (de países estrangeiros, tal como o próprio Estados Unidos). A segunda se deu em 1987, em consequência de “uma contingência da perda de reservas que o país estava sofrendo devido ao desequilíbrio macroeconômico provocado pelo Plano Cruzado”³⁸ e como estratégia para a rediscussão da dívida a partir de nova negociação e securitização. Não obstante, havia aqueles que defendiam que essa moratória traria maiores danos ao País, optando pelo cumprimento irrestrito, dadas as retaliações que ocorreriam. Esse foi o posicionamento de Maílson da Nóbrega que, posteriormente, teve de declarar uma moratória branca, por não conseguir cumprir os compromissos assumidos.

³⁶ MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 23.

³⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, econômica e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5. ed. atual. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 230.

³⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil: história, econômica e política de Getúlio Vargas a Lula*, cit., p. 239.

No Brasil, o ordenamento jurídico-constitucional atual permite o endividamento estatal, sendo observada a “regra de ouro”, que veda a “realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital” (art. 167 da CF). Isso significa, na prática, que a contratação de dívidas deve observar seu condicionamento e vinculação às despesas de capital, tangíveis que serão posteriormente incorporados aos ativos estatais.

O orçamento brasileiro não impõe e nem objetiva a busca de um equilíbrio numérico e uma neutralidade fiscal, os quais, a rigor, implicam a manutenção do *statu quo*. As autoridades brasileiras devem observar a sustentabilidade financeira no médio e longo prazo, havendo boas e más dívidas públicas, a depender dos gastos a que são direcionadas (se gastos correntes ou na educação, se gastos supérfluos ou projetos de infraestrutura). A dívida é vista no Brasil, portanto, como instrumento de desenvolvimento³⁹. Naturalmente, esse instrumento não deve ser sufocado pelo fetichismo do equilíbrio matemático, pois também pode ser uma “benção”.⁴⁰

Em ambos os casos, vem à tona novamente a observação feita de que é preciso observar o decorrer do processo de tentativa de desenvolvimento dos países, não sendo adequada uma análise rasa de um momento⁴¹. Nitidamente, as políticas de maior presença estatal nos Estados Unidos, ou que mais se coadunam com as utilizadas pelo Brasil, são as praticadas na sua concepção. Embora estivesse tratando da questão da moratória, a observação de Reginald McGrane de que para “muitos americanos a moratória e repudição de dívidas por alguns Estados americanos é um episódio esquecido nos anais

³⁹ Ao contrário do imposto, que “na maioria dos países, não é um instrumento do desenvolvimento, mas sim um modo de suprir a falta de receitas para a realização de despesas públicas”. (FRANCO, António Luciano de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 2, p. 301).

⁴⁰ Sobre o tema: BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/24845/3/BoletimXLIX_Artigo2.preview.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018; e SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Daniel Tobias. Dívida pública e desenvolvimento: do equilíbrio orçamentário à sustentabilidade financeira. In: POMPEU, Gina Marcilio; CARDUCCI, Michele; SÁNCHEZ, Miguel Revenga (Orgs.). *Direito constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 27-48.

⁴¹ “Em um instigante livro, Richard Bingham comenta essa caracterização e extrai dela uma conclusão certeira: um “Broker State” não tem política industrial ou política de desenvolvimento, não tem como definir nenhum gênero ‘interesse nacional’ ou coisa similar. Ele só pode implementar esse tipo de política se deixar de pronunciar seu nome, ou se puder travestir-la. Daí o título do capítulo inicial do livro de Bingham sobre a política industrial ‘american style’: ‘Whats in a name’.” (MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA, Maitá de Paula e. *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit., p. 4).

dos Estados Unidos”⁴² pode ser ampliada, pois essa postura parece se repetir em muito do que se pode considerar política industrial.

É preciso, portanto, fazer uma releitura da dinâmica dos Estados brasileiro e norte-americano com a economia e o mercado, e a forma como essas esferas se relacionam, o ordenamento em que se inserem e como isso molda a (e é moldado pela) dinâmica. Essa influência mútua e recíproca é destacada por Fred Block e Peter Evans, ao afirmarem que mercado e Estado não funcionam um sem o outro:

Primeiro, estado e economia não são esferas analiticamente autônomas, mas sim esferas de atividade que mutuamente se constituem. Segundo, tanto Estados quanto economias são enraizados em sociedades que possuem estruturas institucionais específicas⁴³ e esse enraizamento tem papel crítico em resultados políticos e econômicos. Terceiro, esse enraizamento é dinâmico; é

⁴² No original: “*To many Americans the defalcation and repudiation by some of the American states of their debts is a forgotten episode in the annals of the United States.*” (MCGRANE, Reginald Charles. *Foreign bondholder and American state debts*, cit., p. 382.)

⁴³ Sobre esse ponto, vale um esclarecimento, pois os autores não defendem a transposição de instituições tidas como *certas* para países (i.e., instituições de países centrais para países periféricos), mas sim a construção de soluções a partir da relação triangular entre Estado, economia e sociedade civil: “Apesar do fato de que a democracia é um dos pilares centrais da atual ideologia global, os atuais modelos de governança econômica no Sul global não se prestam a construir conexões mais efetivas entre sociedade civil e Estado. O modelo político sendo divulgado globalmente combina o pressuposto de que mercados globais são a melhor fonte de disciplina política para Estados libertinos, com a estranha suposição ‘estatista’ que instituições ‘quase estatais’ externas de governança global, enraizadas em sociedades e estruturas de poder do Norte industrial, serão os agentes mais efetivos para mudança institucional nos países do Sul. O resultado tem sido esforços para impor versões ‘cookie cutter’ [*one size fits all*, abordagem única, solução igual] de instituições de países avançados. A ‘monocultura institucional’ [...] ignora a lógica básica de enraizamento. De vez em quando ela produz ‘luas de mel’, durante as quais o entusiasmo de investidores de países ricos gera um breve surto de fluxo financeiro, mas há pouca evidência de que isso funciona como estratégia de crescimento, muito menos como estratégia de desenvolvimento. Novamente, a Argentina é caso particularmente dramático. Nem a disciplina econômica imposta a partir da abertura total para a concorrência de produtos estrangeiros e investidores, e nem o ‘compromisso crível’ pelo Estado de manter o valor da moeda, foram suficientes para convencer a elite local privada e a elite global a investirem em áreas que ampliaram a atividade produtiva local”. No original: “*Despite the fact that democracy is one of the central pillars of current global ideology, current models of economic governance in the global South do not lend themselves to building more effective connections between civil society and the state. The political model being purveyed globally combines the assumption that global markets are the best source of political discipline for profligate states with the oddly ‘statist’ assumption that external ‘statelike’ institutions of global governance, rooted in the societies and power structures of the industrial North, will be the most effective agents of institutional change in the countries of the South. The results have been efforts to impose ‘cookie cutter’ versions of advanced country institutions. This ‘institutional monocropping’ [...] ignores the basic logic of embeddedness. It does produce occasional ‘honeymoons’ during which the enthusiasm of rich country investors generates a brief spurt of financial flows, but there is little evidence that this works as a strategy of growth, to say nothing of a strategy of development. Again, Argentina offers a particularly dramatic case. Neither the economic discipline imposed by a complete opening to competition from foreign goods and investors, nor the ‘credible commitment’ by the state to maintain the value of the currency, sufficed to convince private local or global elites to make investments that would expand local productive activities.*” (BLOCK, Fred; EVANS, Peter, *The state and the economy*, in *The handbook of economic sociology*, cit., p. 511 – nossa tradução).

constantemente remodelado por inovações institucionais que alteram a forma como Estado e economia se relacionam.⁴⁴

Em cada Estado houve uma atuação específica na economia, moldada a partir da sociedade civil, formação histórica e desenho institucional (principalmente o ordenamento jurídico). Conforme defendido por Bercovici, a “adequada compreensão da política econômica exige que se assuma que economia e política (e, por que não, o direito, que [...] também é parte da realidade social) estão intimamente associadas, que o processo político-econômico” é necessariamente dialético e não apriorístico, sendo “resultado de uma série de contraposições e conflitos de interesses distintos, que os vários grupos [...] buscam influir sobre o Estado e que a política econômica não possui nem fins, nem meios neutros”⁴⁵.

Posto o fato que sempre houve uma atuação do Estado sobre a economia em ambos os países, cabe relacionar esta atuação à esfera dos recursos minerais e petrolíferos, notadamente como se estruturou a propriedade destes e a exploração.

1.2 Importância das atividades minerária e petrolífera para o Estado

A exploração de recursos minerais e petrolíferos tem papel central na cadeia econômica de qualquer Estado ou sociedade, seja pelo uso desses recursos como insumo central, ou pelo papel que a própria exploração poderá ter no desenvolvimento de um país. Isto é, a importância advém tanto da exploração em si quanto do uso do produto, pois não se tem conhecimento de setor econômico que não dependa, em algum grau, de petróleo e minérios. Não se está referindo, nesse caso, somente ao uso como combustível, mas também aos insumos industriais derivados do petróleo e ao seu uso não energético, tal como a sua utilização para a produção de plásticos.

A exploração destes recursos é uma indústria base para toda a economia, servindo “de insumo à cadeia de inúmeras outras indústrias, as quais visam ofertar não apenas bens

⁴⁴ No original: “*First, state and economy are not analytically autonomous realms but are mutually constituting spheres of activity. Second, both states and economies are embedded in societies that have specific institutional structures, and this embeddedness plays a critical role in both economic and political outcomes. Third, this embedding is dynamic; it is often reshaped by institutional innovations that reshape the ways that states and economies intersect.*” (BLOCK, Fred; EVANS, Peter, *The state and the economy*, in *The handbook of economic sociology*, cit., p. 505 – nossa tradução).

⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto, *Política econômica e direito econômico*, cit., p. 202.

necessários ao exercício dos direitos fundamentais, mas também para elaboração de artigos para satisfazer os novos patamares de bem-estar da sociedade”⁴⁶. Atualmente, pode-se afirmar que há certo vínculo essencial entre economia e recursos minerais, o qual, embora possa ser superado ou substituído por outro insumo, continua sendo um fator estratégico.

No caso específico do Brasil, a exploração de recursos naturais não renováveis é recorrentemente responsável pelo superávit da balança comercial do País, ocupando os primeiros lugares na relação de produtos exportados. Essa constatação ao menos demonstra a importância dada a essa atividade, além do papel que o País exerce na economia internacional. Isto é, há uma questão de matriz energética, além da utilização desse setor econômico como vetor de desenvolvimento.⁴⁷

A característica estratégica tem alcance e projeção mais abrangente e está ligada fortemente à questão da própria segurança nacional, incluindo tanto a soberania energética de determinado país, referente à exploração de petróleo e hidrelétricas – reduzindo a vulnerabilidade no que tange à dependência externa para satisfazer sua demanda interna –, quanto a segurança *stricto sensu*, exemplificada no papel dos Estados Unidos em assuntos geopolíticos envolvendo o interesse por recursos petrolíferos ou até a exploração de recursos minerais atrelados a questões de armamento (*e.g.* exploração de minério de urânio, que serve fins energéticos e bélicos).

Reafirmando a conexão entre segurança nacional e recursos energéticos, há a célebre frase do senador americano Spencer Abraham, que serviu como secretário de Energia, afirmando que “*energy security is national security*”.

Especificamente sobre o petróleo, a doutrina destaca o histórico bélico desse recurso como um fator inerente ao seu desenvolvimento, sendo:

⁴⁶ PELLEGRINO, Maurício. O direito de participação nos resultados da lavra e seu vínculo ao direito de propriedade do imóvel em que se encontra a jazida. In: FERRARA, Mariana et al. (Coords.). *Estudos de direito minerário*. Belo Horizonte, Fórum, 2012. v. 1, p. 110.

⁴⁷ Destacam-se as palavras de Getúlio Vargas sobre o protagonismo das reservas minerais no projeto de desenvolvimento do país: “Nenhum outro dos problemas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico do país sobreleva em importância ao da exploração das nossas jazidas minerais.” (VARGAS, Getúlio. *A nova política do Brasil: da aliança liberal às realizações do primeiro ano de governo, 1930-1931*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. v. 1, p. 100).

[...] produto estratégico para a soberania nacional em face do contexto internacional beligerante que o cerca. Disso resulta que o preço do barril [...] não é determinado pelos custos de produção, mas sim por injunções políticas instáveis e pela oferta e procura inversamente proporcionais no cenário geopolítico (crescente demanda de produto e vertiginoso declínio de oferta).⁴⁸

Essa atividade, portanto, é única, tendo grau diferenciado, no que tange ao seu impacto sobre a economia nacional. Compreendida sua essencialidade, é justificado o interesse direto do Estado na ingerência sobre a forma como é explorado esse recurso, como esse setor se estrutura e como são distribuídas e utilizadas as receitas oriundas dessa exploração.

É importante destacar, contudo, que seu caráter essencial não implica necessariamente uma priorização da exploração desses recursos e nesse setor econômico. Isso é nítido a partir dos países objeto do estudo. A extensão ou intensidade com que a exploração minerária e petrolífera é realizada, bem como o grau de dependência econômica do Estado dessa atividade parte de uma questão política. Isto é, não há uma correlação direta entre abundância de recursos minerais e a opção deliberada de exploração maciça, podendo haver uma escolha de atribuir a esse setor caráter de coadjuvante na economia.⁴⁹

Em outras palavras, não há determinismo apriorístico na decisão estatal de focalizar/privilegiar (ou se voltar para) explorar recursos minerais pela mera existência deles. Cada país, a partir de seus interesses internos, influência externa, ou escolha deliberada tomará essa decisão de acordo com a política econômica eleita pelo país. Nesse ponto, Celso Furtado afirma que:

Pode-se argumentar que a utilização intensiva de recursos esgotáveis é economicamente condenável sempre que sirva principalmente para financiar gastos correntes. Um país ou região que realiza inversões pelo menos no montante do valor das reservas esgotáveis e utilizado na constituição de outro ativo de valor econômico igual ou maior, a política de utilização intensiva de reservas poderá estar economicamente justificada.⁵⁰

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; MARTINS, Alessandra Ferreira. Princípios constitucionais da atividade econômica petrolífera e Lei nº 9.478 de 1997. *A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 4, n. 18, p. 46, out./dez. 2004.

⁴⁹ Embora estivesse tratando da inexistência de correlação entre abundância de recursos minerais e governos autoritários, Gilberto Bercovici menciona que “há também outros exemplos de nações democráticas que são ricas em recursos naturais sem necessariamente serem dependentes economicamente deles, como a Austrália, o Canadá, a África do Sul pós-*apartheid*, os Estados Unidos, entre outros”. (BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 32).

⁵⁰ FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto; Centro Internacional Celso Furtado, 2009. p. 94-95, nota de rodapé n. 7.

Neste ponto, é curioso registrar os dados apresentados na *BP Statistical Review of World Energy* relativos a 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017⁵¹, que compila produção, consumo e existência de reservas de petróleo, além de apresentar um mapeamento geral da comercialização de petróleo no comércio mundial.

2013					2014				
RESERVAS DE PETRÓLEO, CONSUMO E PRODUÇÃO					RESERVAS DE PETRÓLEO, CONSUMO E PRODUÇÃO				
Total de reservas comprovadas (mil milhões de barris)					Total de reservas comprovadas (mil milhões de barris)				
	Fim de 1992	Fim de 2002	Fim de 2012	Proporção R/P 2012		Fim de 1993	Fim de 2003	Fim de 2013	Proporção R/P 2013
EUA	31.2	30.7	35.0	10.7	EUA	30.2	29.4	44.2	12.1
Brasil	5.0	9.8	15.3	19.5	Brasil	5.0	10.6	15.6	20.2
Produção (mil barris/dia)					Produção (mil barris/dia)				
	2002		2012			2003		2013	
EUA	7.626		8.905		EUA	7.362		10.003	
Brasil	1.497		2.149		Brasil	1.543		2.346	
Consumo (mil barris/dia)					Consumo (mil barris/dia)				
	2002		2012			2003		2013	
EUA	19.761		18.555		EUA	20.033		18.887	
Brasil	2.031		2.805		Brasil	1.973		2.973	

2015					2016				
RESERVAS DE PETRÓLEO, CONSUMO E PRODUÇÃO					RESERVAS DE PETRÓLEO, CONSUMO E PRODUÇÃO				
Total de reservas comprovadas (mil milhões de barris)					Total de reservas comprovadas (mil milhões de barris)				
	Fim de 1994	Fim de 2004	Fim de 2014	Proporção R/P 2014		Fim de 1995	Fim de 2005	Fim de 2015	Proporção R/P 2015
EUA	29.6	29.3	48.5	11.4	EUA	29.8	29.9	55.0	11.9
Brasil	5.4	11.2	16.2	18.9	Brasil	6.2	11.8	13.0	14.1
Produção (mil barris/dia)					Produção (mil barris/dia)				
	2004		2014			2005		2015	
EUA	7.250		11.644		EUA	6.900		12.704	
Brasil	1.543		2.346		Brasil	1.713		2.527	
Consumo (mil barris/dia)					Consumo (mil barris/dia)				
	2004		2014			2005		2015	
EUA	20.732		19.035		EUA	20.802		19.396	
Brasil	2.050		3.229		Brasil	2.123		3.157	

⁵¹ Embora esses dados sejam oriundos de um agente privado, a BP (nome atual da British Petroleum), eles servem para ilustrar o que está sendo suscitado. Cabe destacar o que consta no próprio relatório: “Nos últimos 66 anos, a *BP Statistical Review of World Energy* tem fornecido dados objetivos de alta qualidade e globalmente consistente sobre o mercado mundial de energia. A *Review* é uma das publicações mais respeitadas e de autoridade no campo de economia da energia, usada como referência pela mídia, academia, governos ao redor do mundo e empresas de energia”. No original: “*For 66 years, the BP Statistical Review of World Energy has provided high-quality objective and globally consistent data on world energy markets. The review is one of the most widely respected and authoritative publications in the field of energy economics, used for reference by the media, academia, world governments and energy companies.*” (Disponível em: <<https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/statistical-review-2017/bp-statistical-review-of-world-energy-2017-full-report.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2018 – nossa tradução).

2017				
RESERVAS DE PETRÓLEO, CONSUMO E PRODUÇÃO				
Total de reservas comprovadas (mil milhões de barris)				
	Fim de 1996	Fim de 2006	Fim de 2016	Proporção R/P 2016
EUA	29.8	29.4	48.0	10.6
Brasil	6.7	12.2	12.6	13.3
Produção (mil barris/dia)				
	2006		2016	
EUA	6.825		12.354	
Brasil	1.806		2.605	
Consumo (mil barris/dia)				
	2006		2016	
EUA	20.687		19.631	
Brasil	2.155		3.018	

Fonte: Tabelas elaboradas pelo autor a partir de dados do *BP Statistical Review of World Energy*.

Um dos principais dados das tabelas acima, reafirmando a inexistência de determinismo apriorístico entre existência de recursos naturais e priorização desse setor econômico, é o total de reservas comprovadas, tendo os Estados Unidos em alguns anos apresentado reservas quatro vezes maiores que as brasileiras. De qualquer forma, esse país não é visto como um dos principais agentes na produção e exploração desse recurso, sendo protagonista no consumo.

No que tange ao consumo, ambos os países, exceto em anos isolados, apresentam um consumo crescente, mensurado em mil barris por dia, sendo que os Estados Unidos têm demanda quase dez vezes maior que a brasileira. A produção de ambos os países, naturalmente, acompanhou a demanda crescente. Os dados demonstram que o Brasil está aumentando sua capacidade produtiva nessa pequena amostra de cinco anos e os Estados Unidos, em sentido contrário, diminuiu sensivelmente a sua produção, também avaliada em mil barris por dia.

Não obstante, a produção de petróleo americana ainda é bastante superior à brasileira, em termos absolutos de mil barris por dia. Ou seja, quantitativamente, a produção americana ainda é mais de três vezes maior do que a brasileira, apesar da recém-descoberta de reservas na camada do pré-sal, tida como um dos principais achados de reserva na atualidade. Esse dado, porém, merece algumas ressalvas, principalmente de ordem qualitativa. No caso, o Brasil apresenta, proporcionalmente, um *grau* de exploração maior, ao se avaliar a correlação entre reservas e produção (“proporção *R/P*”), que em

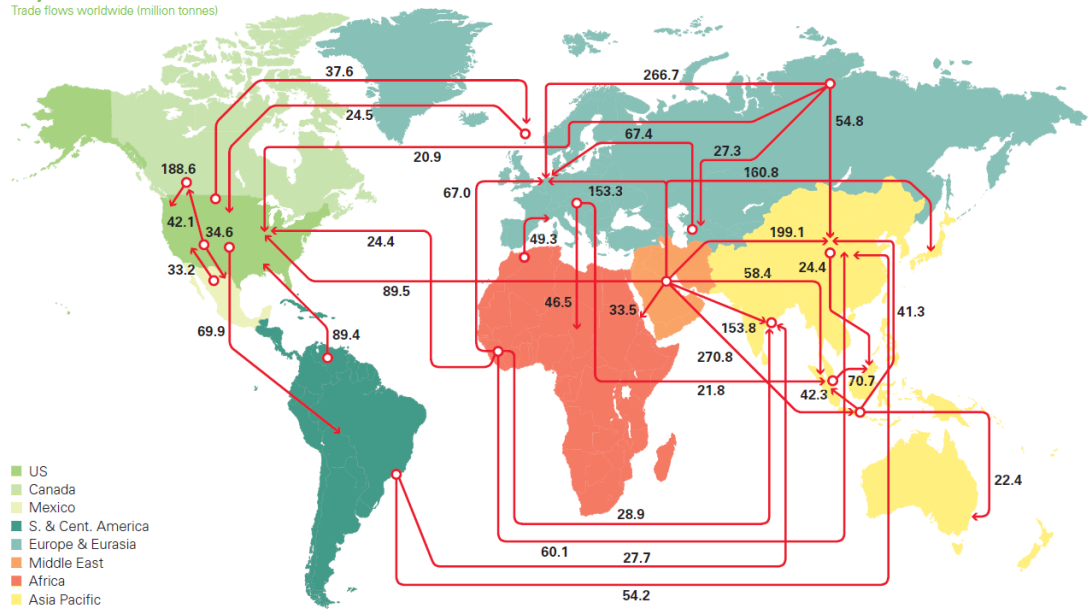
alguns casos é de quase o dobro do que os Estados Unidos. Isso significa que, apesar de ter reservas significativamente maiores, e uma produção mais ampla, os Estados Unidos não visam a explorar suas reservas estratégicas com intensidade.

Em outras palavras, por mais que o nível de exploração de petróleo nos Estados Unidos seja elevado, essa atividade não possui papel central na matriz econômica daquele país. Não há uma empresa estatal americana voltada para a exploração petrolífera⁵² ou minerária; esses setores, apesar de estratégicos, não foram atribuídos à esfera pública, no que tange à exploração direta, mas sim ao setor privado. Entende-se, ao menos preliminarmente, que haveria preferência pela importação de petróleo de outros países para atender o consumo, que é significativamente alto.

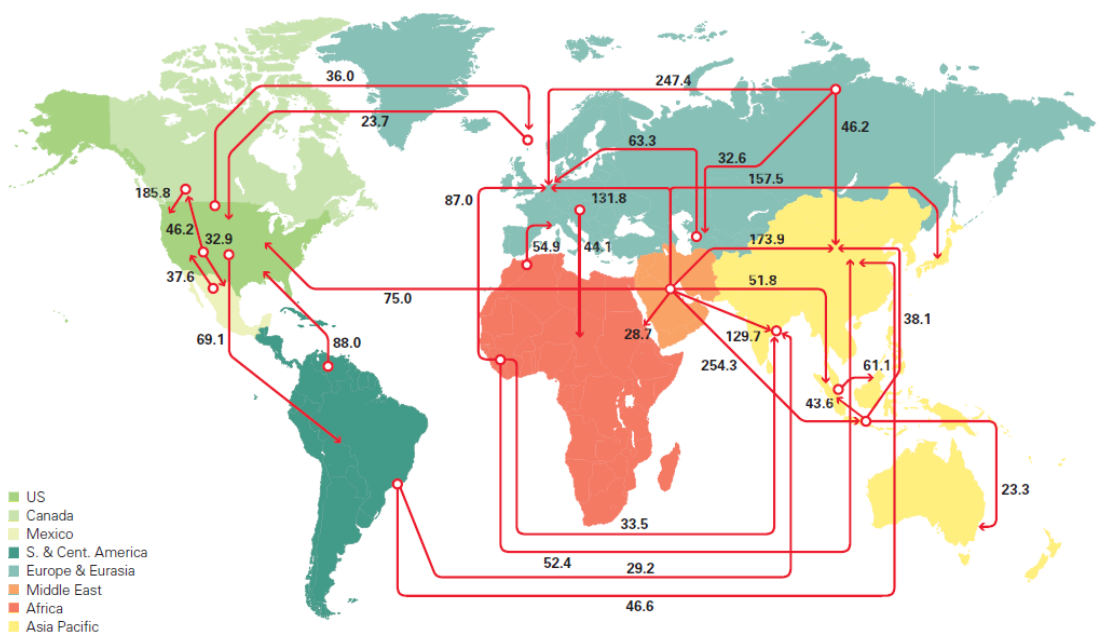
Novamente, a *BP Statistical Review of World Energy* apresenta algumas informações exemplificativas, na forma de um mapeamento do comércio internacional de petróleo:

⁵² “A única vez em que se tentou criar uma empresa estatal petrolífera nos Estados Unidos foi durante a Segunda Guerra Mundial, quando o governo norte-americano cogitou produzir e distribuir suprimentos estratégicos do petróleo. A proposta, feita em 1943 pelo Secretário do Interior Howard Icks, previa a constituição de uma empresa de capital totalmente público, denominada PRC (*Petroleum Reserves Corporation*), a partir da encampação do controle dos depósitos das companhias Texaco e SOCAL, que, além de indenizadas, teriam garantida uma parcela da produção futura da PRC. A PRC chegou a ser constituída, em 30 de junho de 1943, tendo Ickes como presidente e os secretários de Estado, Marinha e Defesa na diretoria. [...] A oposição das demais multinacionais do petróleo excluídas do acordo que criou a PRC, bem como das pequenas empresas independentes que abasteciam o mercado doméstico, chegou ao Congresso e ao Departamento de Estado, além de também conseguir o apoio do Estado do Texas na luta contra a PRC. O resultado das pressões, aliadas a desentendimentos intragovernamentais, foi a dissolução da PRC em 1944. Para compensar esta perda estratégica, o Presidente Roosevelt conseguiu um acordo com os britânicos para que os Estados Unidos pudessem também participar da exploração de petróleo no Oriente Médio.” (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 75).

Major trade movements 2016
Trade flows worldwide (million tonnes)



Major trade movements 2015
Trade flows worldwide (million tonnes)



Esses mapas reforçam as posições opostas entre Brasil e Estados Unidos: o primeiro visa a aumentar seu papel como fornecedor de petróleo, já o segundo vem diminuindo seu papel de explorador, mas com progressivo aumento como consumidor. De forma mais crítica, os mapas destacam o posicionamento do Brasil como economia periférica e primária voltada para o fornecimento de recursos primários para países que realizarão o seu beneficiamento e produzirão bens com maior valor agregado.

Em 2017, por exemplo, o Brasil exportou virtualmente 82% do petróleo que produziu, enquanto os Estados Unidos importaram porcentagem significativa da produção de petróleo de diversos países. Os mapas sugerem que a importação de petróleo é superior à exportação, sendo que, em 2016, os Estados Unidos e a América do Sul inteira (não há dados segregados referentes ao Brasil) apresentaram os seguintes dados, em milhares de barris por dia:

Mil barris/dia	Importação petróleo bruto	Importação produtos	Exportação petróleo bruto	Exportação produtos
EUA	7.877	2.179	489	4.234
América do Sul	493	1.887	3.554	617

Isto é, os Estados Unidos, como país consumidor, importaram mais petróleo que a totalidade dos países da América do Sul, fato esse que se repetiu na importação de produtos de petróleo. Curiosamente, no que tange à exportação de produtos de petróleo, os Estados Unidos apresentam cadeia mais sofisticada, permitindo-lhes exportar produtos que possuem maior valor agregado do que o petróleo bruto.

Historicamente, os Estados Unidos são um *player* central na produção do petróleo, sendo que, com o avanço tecnológico e a possibilidade de exploração de fontes não convencionais de petróleo (folhelho⁵³) e até pelo relaxamento de suas normas regulatórias, é possível que voltem a ter uma atuação mais forte na produção de hidrocarbonetos⁵⁴. O papel desse país, não obstante, continua sendo o de principal consumidor desse recurso natural. Recapitulando o papel dos Estados Unidos ao longo dos anos, Peter Mieszkowski e Ronald Soligo expõem que:

A indústria cresceu muito rápido, e até 1910, os EUA estavam produzindo 64% do petróleo mundial. A dominação pela indústria americana durou até o desenvolvimento rápido de petróleo no Oriente Médio depois da Segunda Guerra Mundial. Até 1940, os EUA produziam 63% do petróleo do mundo e eram um exportador líquido de petróleo até 1947 [...]. Apesar do declínio na produção de petróleo bruto desde 1970, os EUA ainda são o terceiro maior produtor [...]. Em 2007, os EUA produziam 8,4% de todo o fornecimento mundial de petróleo [...].

⁵³ Essa é a tradução correta do que se denomina nos Estados Unidos *shale gas*, ao contrário de “xisto”, que é amplamente utilizado no País. A Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM) esclarece: “Folhelho é uma rocha argilosa de origem sedimentar; xisto é uma rocha metamórfica, de outra origem, portanto. Mas, há uma longa e equivocada tradição brasileira, inclusive entre técnicos da Petrobras, de chamar folhelho (*shale*) de xisto (*schist*), daí se falar muito em gás de xisto.” (Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/Redes-Institucionais/Rede-de-Bibliotecas---Rede-Ametista/Canal-Escola/Gas-do-%22Xisto%22-2618.html>>. Acesso em: 23 mar. 2018).

⁵⁴ MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald. United States. In: ANDERSON, George (Ed.). *Oil & gas in federal systems*. Don Mills, Ontario, Canada: Oxford University Press, 2012. p. 312.

Avanços recentes em tecnologia, incluindo o comprimento maior de perfuração lateral e fraturamento hidráulico, possibilitaram o acesso a reservas significativas de petróleo e gás não convencionais em formações de folhelho que estenderão a produção americana [...]. Os EUA continuam sendo o maior consumidor de petróleo, representando 25% do consumo global.⁵⁵

O protagonismo do Brasil, por sua vez, encontra-se em ascensão, tanto no que tange à produção, quanto ao consumo, havendo muito interesse do governo em viabilizar, num futuro próximo, uma exploração voltada para disponibilizar reservas para o consumo interno. Tanto é assim que, a partir da descoberta de petróleo na camada do pré-sal, houve uma alteração do regime legal de exploração, dentre outras soluções legislativas que aumentaram o poder de controle estatal e o tamanho das participações governamentais (*government take*). Não obstante, esse poder de influência vem sendo paulatinamente desconstruído pela extinção da participação da Petrobras como operadora obrigatória e tendo participação mínima⁵⁶, tornando isso uma faculdade.

⁵⁵ No original: “*The industry grew quickly, and by 1910, the US was producing 64% percent of the world’s oil. The dominance of the US industry lasted until the rapid development of oil in the Middle East after World War II. As late as 1940, the US produced 63 percent of the world’s oil and was a net exporter of oil until 1947 [...]. In spite of a continuous decline in crude output since 1970, the US is still the third largest producer [...]. In 2007, the US produced 8.4 percent of the world’s oil supply [...]. Recent advances in technology, including longer lateral drilling lengths and hydraulic fracturing, have opened up access to very large deposits of unconventional oil and gas in shale formations that will extended US output [...]. The US remains the world’s largest consumer of oil, accounting for 25 percent of global consumption.*” (MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 311-312 – nossa tradução).

⁵⁶ A redação anterior determinava que: “Art. 4º A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurada, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20”; a redação atual dispõe que: “Art. 4º O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), considerando o interesse nacional, oferecerá à Petrobras a preferência para ser operador dos blocos a serem contratados sob o regime de partilha de produção. [...] § 2º Após a manifestação da Petrobras, o CNPE proporá à Presidência da República quais blocos deverão ser operados pela empresa, indicando sua participação mínima no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento)”. No projeto original da lei que promoveu essa alteração (PL 131/2015; PL 4.567/2016), do senador José Serra, constava no projeto os motivos da alteração: “Altera a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção”. A justificativa para esse projeto afirma que “a exploração do pré-sal tem urgência, pois a oferta interna de petróleo em futuro próximo dependerá dessa exploração”, “a sucessão de escândalos associados às alegações de cartel, suborno e lavagem de dinheiro criaram uma situação quase insustentável para uma companhia que tem que implementar um dos maiores programas de investimento do mundo”, “a Petrobras tem convivido com pressões financeiras que põem em risco o cumprimento de suas ações nos campos do pré-sal” e “cabe ainda salientar que, em 2014, o crescimento da oferta de petróleo foi mais acentuado que o da demanda, o que ocasionou uma forte desvalorização de seu preço. A perspectiva é a de que a cotação de petróleo permaneça deprimida em 2015 e que a exportação brasileira de energéticos diminua 30,7%. A queda no preço do petróleo no mercado internacional tem efeitos na arrecadação dos *royalties* sobre a produção e pode diminuir a rentabilidade, ainda que em curto prazo, dos projetos de exploração no pré-sal, uma vez que o planejamento da produção considerou um valor mínimo que, dependendo do projeto, pode ficar acima da atual cotação do petróleo, tornando-se economicamente inviável”. O projeto está disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120179>>. Acesso em: 06 maio 2018.

Outro ponto relevante é a própria diminuição do papel de exploração petrolífera como componente de política industrial, com o abandono de exigência de conteúdo local. No caso, os contratos celebrados para a exploração de petróleo preveem cláusulas que asseguram preferência para a contratação de fornecedores brasileiros, caso as condições comerciais sejam as mesmas que outros fornecedores. Contudo, os órgãos responsáveis pelo recurso petrolífero aprovaram recentemente a possibilidade de alterar retroativamente as exigências de conteúdo local, efetivamente desestabilizando uma política pública de desenvolvimento da indústria local de exploração de petróleo.⁵⁷

O ponto de conexão entre os países estudados é que ambos possuem interesse na exploração de seus recursos naturais e utilizam esses bens em suas atividades econômicas, embora seja divergente a forma como desenham ou priorizam esses recursos.

1.2.1 Nacionalização dos recursos minerais e a exploração em prol do interesse público

A relação entre determinado Estado e seus recursos naturais é tema intrinsecamente ligado à questão da soberania nacional, havendo grande interesse externo na exploração desses recursos para fins energéticos e estratégicos. Assim, a própria ONU ocupou-se dessa questão, para se posicionar no sentido de garantir aos países a soberania sobre o uso de seus recursos naturais, especialmente no reconhecimento da regularidade de eventuais procedimentos de reaver o controle desses bens.

A Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução 1.803 em 14 de dezembro de 1962, declarando o direito dos povos e suas nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais, cujo direito deverá ser exercido em prol dos interesses do

⁵⁷ Nesse sentido, vide: “CNPE aprova resolução sobre isenção dos compromissos do conteúdo local” (Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/cnpe-aprova-resolucao-sobre-isencao-dos-compromissos-do-conteudo-local>. Acesso em: 04 abr. 2018). Essa aprovação partiu de proposta feita pelo Programa de Estímulo à Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do Setor de Petróleo e Gás Natural (Pedefor), nos termos da Resolução n. 1/2018 (Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n_01_de_2018_CD_PEDEFOR_-_Vers%C3%A3o_Final.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018. Esta proposta, por sua vez, surgiu de consulta pública da ANP: <http://www.mdic.gov.br/images/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n_01_de_2018_CD_PEDEFOR_-_Vers%C3%A3o_Final.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018). O CNPE autorizou a ANP a adotar critérios distintos para as rodadas anteriores, redução já realizada pela agência reguladora, conforme as Resoluções ns. 01 do CNPE e 726 da ANP.

desenvolvimento nacional e do bem-estar da sociedade. Reconheceu também o direito de soberania sobre recursos naturais como um “componente básico do direito de autodeterminação”.⁵⁸

Especificamente no que tange às questões de nacionalização dos recursos naturais, essa Resolução afirma que:

4. Nacionalização, expropriação ou requisição serão baseados em justificativa ou motivos de utilidade pública, segurança ou interesse nacional, os quais são reconhecidos como prevalecentes a interesses puramente individuais ou privados, tanto domésticos quanto estrangeiros. Nesses casos, será pago aos proprietários uma compensação apropriada e de acordo com as regras em vigor nos estados que estão adotando essas medidas no exercício de sua soberania e de acordo com a legislação internacional.⁵⁹

A Resolução surgiu a partir dos conflitos entre países e empresas internacionais, que estariam realizando a exploração de recursos naturais sem respeitar a soberania de alguns Estados. Alegava-se que os contratos firmados não haviam sido feitos em benefício da sociedade, vez que davam às empresas petrolíferas “vantagens claramente desproporcionais, em detrimento dos interesses dos países hospedeiros, que assistiam ao esgotamento de suas reservas sem receber uma remuneração adequada, motivo por que deveriam ser revistos”⁶⁰. Dessa forma, o tratamento da questão da soberania passou pela possibilidade de permitir que os Estados regulassem a exploração dos seus recursos naturais não renováveis da forma que entendessem melhor, incluindo-se a questão da regulação da entrada de capital e investimentos estrangeiros.

Esse tema dos recursos naturais foi avaliado em outras duas ocasiões. A primeira em 25 de novembro de 1966, quando da aprovação da Resolução 2.158, que reconheceu novamente a soberania dos países sobre seus recursos naturais, declarando que é dever da ONU envidar esforços para possibilitar o exercício desse direito. Isso deve ser feito, inclusive, com a obrigação dos países desenvolvidos de compartilharem o *know-how* com

⁵⁸ No original: “*basic constituent of the right to self-determination*” – nossa tradução.

⁵⁹ No original: “*4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law.*” A íntegra do texto está disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII))>. Acesso em: 09 set. 2017 – nossa tradução.

⁶⁰ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*. São Paulo: Blucher, 2016. p. 23.

os países em desenvolvimento, reconhecendo que esse setor foi base do seu desenvolvimento econômico. Em maio de 1974, a ONU avaliou novamente a questão da soberania sobre os recursos naturais, ao reafirmá-la quando do estabelecimento da nova ordem econômica internacional.

Especificamente sobre os recursos minerais nucleares:

[...] há uma série de acordos internacionais, visando ao controle e a fiscalização internacionais para evitar a proliferação de armas nucleares. O Brasil ratificou somente na década de 1990, após a redemocratização, os principais tratados sobre o tema, como o Tratado de Tlatelolco [...] Tratado sobre a Não Proliferação de Armas Nucleares [...].⁶¹

Entende-se que o controle dos países sobre seus recursos naturais é intrínseco à soberania do Estado, e seu destino e posicionamento na ordem econômica internacional. Mais importante, este controle é atrelado à autonomia no seu processo interno de desenvolvimento (ou, no caso do Brasil, superação do subdesenvolvimento). Assim, percebe-se que cada país, ao longo do tempo, a seu modo adotou medidas no sentido de proteger os interesses nacionais internos e restringir a atuação do particular sobre esses recursos.

1.3 Regimes de acesso e propriedade de recursos minerais não renováveis

Um dos reflexos da importância dos recursos minerários e petrolíferos é a forma como cada Estado estruturou judicialmente os direitos de propriedade desses bens e o acesso a eles, pois o interesse político-estatal no controle soberano dos recursos minerais resultou em oscilações entre modalidades proprietárias e regimes de acesso.

Alguns países optaram por manter uma nacionalização de recursos minerais *lato sensu*, com exploração pública ou a permissão de acesso para fins de exploração, enquanto outros, embora em número extremamente reduzido, permitem até hoje a apropriação privada desses recursos.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. Comentário aos artigos 176 e 177. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1.846.

As alterações legislativas históricas são relevantes para constatar como diferentes regimes foram surgindo, a partir da espécie de recurso mineral em discussão (primeiro se regulou mineração e depois o petróleo). A trajetória da legislação sobre regimes de acesso e propriedade é relevante, pois demonstra como cada tipo de recurso afetou o seu tratamento jurídico.

1.3.1 Brasil

No Brasil, a regulação de propriedade e acesso passou por diversas modalidades diferentes, as quais refletiam a ideologia ou modelo de Estado adotado à época (*e.g.* monarquia). Em alguns períodos houve incorporação dos recursos naturais ao subsolo e solo, e em outros o destacamento de propriedade entre essas esferas.

1.3.1.1 Mineração

Houve três regimes distintos no Brasil de propriedade dos recursos minerais, quais sejam: *regaliano*, *acessão* e *dominial*.⁶²

A colonização do país pela Coroa portuguesa teve como um dos seus objetivos a exploração de matérias-primas (*i.e.* recursos naturais) em prol dos colonizadores portugueses. Como destacado por Gilberto Bercovici, a “exploração de recursos minerais, particularmente ouro e pedras preciosas, foi um dos principais objetivos do estabelecimento colonial dos portugueses no Brasil”.⁶³

Naturalmente, o ordenamento jurídico da época atribuiu a propriedade desses recursos naturais à Coroa, sendo uma das fontes principais de receita, a partir da permissão concedida a súditos para sua exploração, o “reservado em benefício do Real Erário o *quinto* sobre o valor bruto extraído – ou seja, 20% do metal ou pedras preciosas obtidas

⁶² Não se esgotará totalmente o apanhado histórico entre regimes e diferentes ordenamentos jurídicos, optando-se por apresentar de forma geral como a questão foi juridicamente tratada no País.

⁶³ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 56.

pela Colônia”⁶⁴. Essa foi a primeira fase do regime *regaliano*, propriedade *real* com exploração em prol da Coroa portuguesa.⁶⁵

Apesar da proclamação da independência do Brasil, optou-se, ao menos no primeiro momento, por manter a legislação portuguesa então vigente, até que as Ordenações fossem revogadas por instrumentos normativos específicos, o que ocorreu de forma parcial e paulatina, em segundo momento⁶⁶. No que tange aos recursos minerais, “a Lei de 20.10.1823 ratificou as legislações anteriores, declarando em vigor a legislação minerária das Ordenações do Reino, mas [...] ‘acomodada ao novo estado de coisas’”.⁶⁷

No ano seguinte à referida lei, promulgou-se a Constituição de 1824, a primeira do Estado-nação brasileiro, que fazia alusão expressa à propriedade como sendo inviolável, embora tenha silenciado sobre a possibilidade de um indivíduo ser dono das minas e jazidas do País, suscitando um debate sobre propriedade pública ou privada. Entendeu-se que a partir da transição do País para o regime político da monarquia representativa, com a transferência dos bens da Coroa portuguesa ao Estado imperial brasileiro, as minas e jazidas passaram ao Império. Essa transmissão de bens, contudo, não estava isenta de uma inquietação da população, tendo ocorrido debate sobre a abolição, ou não, das leis portuguesas, quando “prevaleceu a tese de que bens minerais eram de titularidade real, consolidado na Coroa, e não de propriedade privada”⁶⁸, sendo a Coroa aqui referida brasileira. Essa foi a segunda fase do regime *regaliano*.

A separação monárquica do solo e recursos minerais vigorou até 1891, quando da instituição da Primeira República, momento em que foi implantado o *regime de acesso*

⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101.

⁶⁵ “O interesse da metrópole pelo Brasil e o desenvolvimento consequente de sua política de restrições econômicas e opressão administrativa tomaram considerável impulso sobretudo a partir de princípios do séc. XVIII quando se fazem na colônia as primeiras grandes descobertas de jazidas auríferas. A mineração do ouro no Brasil ocupará durante três quartos de século o centro das atenções de Portugal, e a maior parte do cenário econômico da colônia. Todas as demais atividades entrarão em decadência, e as zonas em que ocorrem se empobrecem e se despovoam. Tudo cede passo ao novo astro que se levanta no horizonte; o próprio açúcar, que por século e meio representara o nervo econômico da colonização e sua própria razão de ser, é desprezado.” (PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 52. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2011. p. 56).

⁶⁶ Sobre esse assunto, vide: BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 56 e ss.; SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 102 e ss.

⁶⁷ RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito minerário: escrito e aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 5.

⁶⁸ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 102.

(art. 72 da Constituição de 1891⁶⁹), no qual a propriedade do solo implicava a propriedade dos recursos minerais, uma aplicação direta do *cujus est solum, ejus est usque ad caelum* (ou *ad sidera*) *et usque ad inferos*. De forma resumida, a propriedade se estendia do “céu até o inferno”. Na prática, esse regime significava que o proprietário da superfície também o seria dos recursos minerais do subsolo, havendo apenas uma ressalva:

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

Sobre esse período, cumpre destacar o voto do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da ADI n. 3.273/DF:

Na verdade, naquela época, não se poderia imaginar algo diverso. Em tempos de liberalismo, praticamente não se conceberia transferir ao Estado (destacam-se algumas exceções: a propriedade dos recursos minerais caberia aos Estados membros, se estivessem localizados em terras devolutas, e à União, quando se achassem nos territórios e ilhas federais bem como nos terrenos de marinha), como entidade destinada à satisfação do interesse público, a propriedade dos minérios extraídos, em virtude da apologia ao indivíduo. E mesmo no sistema regalista, quando pertenceu ora à Metrópole, ora ao recém-criado Estado brasileiro a propriedade do subsolo, esse fato em momento algum foi percebido como uma forma de preservar os interesses nacionais, os interesses do povo – uma vez que a propriedade foi logo transferida do Estado ao explorador, pelo regime de concessão –, mas uma maneira de se angariar tributos para Portugal ou para a incipiente monarquia que nos foi deixada por herança.

Seguindo a tradição liberal da época, entende-se que apesar da ausência de previsão constitucional explícita acerca da competência de conferir autorização para as atividades de pesquisa e lavra, pelo fato de a propriedade da mina pertencer ao proprietário do solo, este teria competência exclusiva para autorizar a realização de atividade de extração mineral em suas terras.⁷⁰

Uma das possíveis consequências dessa propriedade privada era a possibilidade de concentração da riqueza mineral do País nas mãos de alguns agentes privados, o que incentivava a aquisição de grandes parcelas de terra (de forma legal e/ou ilegal), sem

⁶⁹ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.”

⁷⁰ PELLEGRINO, Maurício, O direito de participação nos resultados da lavra e seu vínculo ao direito de propriedade do imóvel em que se encontra a jazida, in *Estudos de direito minerário*, cit., v. 1, p. 113.

qualquer controle pelo Estado. Nessas condições, o Estado efetivamente abria mão da riqueza nacional, sem ter o total conhecimento dela e sem prever qualquer condicionante, no que tange aos objetivos a serem observados quando do desenvolvimento da atividade de exploração mineral.

Essa visão mais liberal do tratamento dos recursos minerais foi contestada a partir da Primeira Guerra Mundial, principalmente quando da mudança dos padrões de fonte de combustível do carvão para o petróleo, além de problemas com questões referentes ao mercado interno e externo⁷¹. A vulnerabilidade do País e a dependência do fornecimento externo⁷² passaram ser preocupações estatais centrais.

Em 1930, com a chegada de Getúlio Vargas⁷³ à Presidência, o governo provisório suspendeu todas as concessões minerárias em vigor, para verificar qual rumo (i.e., regime proprietário) seria tomado em relação a esse setor, tendo havido uma alteração drástica na política então adotada. Em 1934 foi promulgada nova Constituição⁷⁴, que instituiu a propriedade estatal para fins de exploração e aproveitamento industrial das minas e demais riquezas minerais, bem como quedas d'água⁷⁵ – sendo esse o regime *dominial*.

⁷¹ BERCOVICI, Gilberto. Petrobras: monopólio estatal e política concorrencial. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFDFE, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 135, mar./ago. 2014.

⁷² BERCOVICI, Gilberto, Petrobras: monopólio estatal e política concorrencial, cit., p. 136.

⁷³ Sobre a questão, Pedro Paulo Zahluth Bastos menciona que há visões dispares quanto ao projeto de Vargas. Num extremo, Vargas era visto como defensor radical da autonomia nacional, chegando às raíais da xenofobia contra o capital estrangeiro. De outro lado, o “entreguista” capaz de ludibriar o povo brasileiro com uma retórica do desenvolvimento nacional enquanto deixava porta aberta aos trustes internacionais do petróleo ou monopólios estrangeiros (BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. A construção do nacional-desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a dinâmica de interação entre Estado e mercado nos setores de base. *Revista Economia*, Brasília, v. 7, n. 4, 239-275, dez. 2006).

⁷⁴ “O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil – fiel à tradição republicana iniciada com a Constituição de 1934 – instituiu verdadeira separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral (que incide sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais existentes no imóvel) e atribuiu, à União Federal, a titularidade da propriedade mineral, para o específico efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial. A propriedade mineral submete-se ao regime de dominialidade pública. Os bens que a compõem qualificam-se como bens públicos dominiais, achando-se constitucionalmente integrados ao patrimônio da União Federal.” (STF – -AgR RE n. 140.254, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 05.12.1995, DJ, de 06.06.1997).

⁷⁵ Especificamente sobre a energia elétrica: “As prerrogativas constitucionais promulgadas pela Carta de 1934 e a decretação do Código de Águas, naquele mesmo ano, confirmaram tal disposição. Neste diapasão, a Constituição de 1934 atribuía ao Estado relevante papel interventor em atividades de importância para o país. Nesse sentido, o setor de energia elétrica, incontestavelmente, recebia atenção especial. [...] No período entre 1951 e 1954, Vargas expressou, por diversas vezes, a preocupação do governo com as necessidades de energia elétrica, assim como havia feito durante a campanha eleitoral, como já foi aludido. Ao enviar ao Congresso Nacional a sua primeira mensagem presidencial, vinculou o progresso advindo do desenvolvimento industrial à existência de eletricidade abundante e, principalmente, barata. Na mensagem ao Congresso Nacional de 15 de março de 1953, Vargas voltou a manifestar sua preocupação com as necessidades de energia elétrica do país, incluindo-a também como determinante para a expansão e intensificação das atividades econômicas de regiões menos desenvolvidas.” (SILVA, Marcelo Squinca da.

O artigo 119⁷⁶ da referida Constituição determinava que toda a exploração de minas, mesmo as privadas, dependeria de autorização ou concessão da União. Mais importante ainda, ficou determinado que as áreas consideradas essenciais para o país poderiam ser nacionalizadas.

Imperou nesse período o caráter estratégico que esses recursos podem ter quando da sua exploração⁷⁷, o que deveria culminar com a publicização da propriedade⁷⁸. Corrobora essa visão a aprovação do Código de Minas (Decreto n. 24.642/1934) e do Código de Águas nesse período, reforçando a propriedade do solo e do subsolo, nacionalizando os recursos minerais, os quais passariam a ser explorados estratégica e industrialmente.

O contexto socioeconômico e político dessa época (do primeiro governo Vargas) influenciou fortemente essa nacionalização. O mundo havia passado pela revolução industrial, estando em curso uma corrida armamentista, quando a soberania passou a ser ligada ao controle pelo Estado sobre os seus recursos minerais. Além disso, o subdesenvolvimento e a industrialização tardia do Brasil culminaram na tentativa de nacionalizar o centro decisório econômico, a partir de diversas medidas de participação estatal na economia. O aspecto da soberania, como destacado acima, ganhou atenção também no âmbito das Nações Unidas, a partir da aprovação de resoluções (ns. 2.158 e

A política do setor elétrico nos anos dourados: embates entre paulistas e mineiros no processo de expansão do setor de energia elétrica no Brasil (1951-1961). São Paulo: Alameda, 2018. p. 35 e 41).

⁷⁶ “Art. 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros. § 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão. § 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo. § 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País. § 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromédicinas ou termomédicinas. § 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d’água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.”

⁷⁷ Vide: CASTRO, Antonio Falabella de. O manifesto de mina em face da compensação financeira (Lei n. 7.990/89). In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *Direito minerário aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 221-262.

⁷⁸ Alfredo Ruy Barbosa destaca que “uma vez superado o feudalismo, passou-se então a adotar o regime domínial fundado no conceito de que os recursos naturais do subsolo constituem uma *res communis*, ou seja, um conjunto de bens pertencentes à Nação ou ao Estado” (BARBOSA, Alfredo Ruy. A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural. In: PIRES, Paulo Valois (Org.). *Temas do direito do petróleo e do gás natural II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 5-6).

3.201) prevendo a importância, não só estritamente financeira, dos recursos naturais para o desenvolvimento nacional e a soberania de cada Estado sobre os seus próprios recursos.⁷⁹

Eros Roberto Grau apresenta um sucinto apanhado histórico até este período:

Os dois preceitos [arts. 176 e 177] são adequados à tradição constitucional brasileira instalada na reforma da Constituição de 1891 em 1926, quando se buscou preservar as riquezas minerais brasileiras. A Primeira Guerra Mundial despertara a atenção de empresas estrangeiras para a importância estratégica dos recursos minerais, em especial o ferro e o petróleo. A produção de aço foi então concedida ao industrial Percival Farquhar, surgindo aí a “Companhia de Aços Itabira”. Arthur Bernardes, Governador de Minas Gerais e logo após Presidente da República, opôs-se incisivamente a essa concessão, o que deu causa a aceso debate sobre a nacionalização dos recursos minerais brasileiros, dele resultando a reforma de 1926. A nacionalização do subsolo e sua separação da propriedade do solo operaram-se todavia apenas com a Revolução de 1930 [...].⁸⁰

Nessa transição de regimes, há entendimento de que houve uma permuta entre a extinção do direito de preferência de explorar minas privadas do proprietário, vez que esses recursos eram propriedade privada, e a instituição da participação nos resultados da lavra (i.e., extinguiu-se a propriedade privada, mas garantiu-se a participação financeira na exploração):

[...] o direito de participação nos resultados da lavra, instituída pela Carta Magna de 1967, trata-se nitidamente de uma compensação pela extinção do direito de preferência assegurado nas égides constitucionais de 1934, 1937 e 1946 ao proprietário do solo para exploração e aproveitamento dos recursos minerais, o qual, por sua vez, lhe havia sido atribuído em função da perda do direito da propriedade sobre esses recursos existentes no subsolo, em face da sua estatização e da instituição do regime de concessão para o seu aproveitamento, advindas da Constituição de 1934.⁸¹

Conforme destacado por Fernando Facury Scaff, essa distinção foi mantida nas Constituições posteriores de 1937, 1946, 1967 e 1969, tendo havido diversas alterações na atividade mineral no decorrer do tempo, principalmente no que tange à participação de

⁷⁹ A respeito da proteção garantida a investidores estrangeiros para impedir o limite da soberania, vide: LEONHARDT, Roberta Danelon. Limits on the principles of permanent sovereignty over natural resources: foreign investment and contractual guarantees. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 11, n. 44, p. 165-201, out./dez. 2006.

⁸⁰ GRAU, Eros Roberto, Comentário aos artigos 176 e 177, in *Comentários à Constituição do Brasil*, cit., p. 1.846.

⁸¹ GONÇALVES, Andrea Viggiano. A participação do proprietário do solo nos resultados da lavra de mina manifestada. In. SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *Direito mineral em evolução*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 285.

capital estrangeiro⁸². Isso se observa principalmente na Constituição de 1937, a qual apresentou novas restrições ao capital estrangeiro nesse setor, como comenta Jorge Alex Athias:

A Constituição de 1934 afirmava que as autorizações ou concessões seriam conferidas exclusivamente a brasileiros, *ou a empresas organizadas no Brasil*, sendo a redação de 1937 muito mais restrigente ao determinar que a autorização de exploração *só poderia ser concedida a brasileiros ou empresas constituídas por brasileiros*, o que, a nosso ver, implica em sensível diferença, nada obstante ambos os textos, o de 1934 e o de 1937 referirem-se à “nacionalização progressiva dessas autorizações e concessões”.⁸³

A propriedade nacional dos recursos minerais vigora até hoje e foi mantida pela Constituição de 1988⁸⁴ (reforçada posteriormente pelo art. 1.230 do CC⁸⁵), que classificou os recursos minerais como essenciais para a economia como um todo, de tal forma que o regime de propriedade deveria ser estatal, sendo classificados como bens⁸⁶ de propriedade da União, cuja exploração se daria em prol e benefício de todos⁸⁷. Essa exploração ou

⁸² SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 116 e ss.

⁸³ ATHIAS, Jorge Alex. *A ordem econômica e a Constituição de 1988*. Belém: Cejup, 1997. p. 73-74.

⁸⁴ Quando dos debates da Assembleia Constituinte, houve grande discussão sobre a manutenção ou não da nacionalização do subsolo e entraves ao capital estrangeiro na mineração; à época, foi publicado estudo da CNPq titulado “Quem é quem no subsolo brasileiro”, no qual foi apontado que a empresa estrangeira BP era a maior detentora de lavras no país, o que causou forte influência na Assembleia. A redação original do artigo 176 da atual Constituição determinava que as atividades minerárias só poderiam ser realizadas por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional (cujo controle era detido por brasileiros).

⁸⁵ “Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.”

⁸⁶ “O art. 20, IX, da CF, estabelece que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Em seu art. 176, a Carta da República dispõe que os recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, e confere, expressamente, à União os efeitos de exploração e aproveitamento. Dessa forma, a administração pública pode conferir a exploração ou aproveitamento dos recursos minerais ao uso especial de particulares, concessionários ou não de serviços públicos, por mais de três formas administrativas: autorização de uso, permissão de uso e concessão de uso. Não há qualquer óbice constitucional que impeça a União de permitir ao particular a utilização de seus recursos minerais, inclusive os do subsolo, mediante remuneração pelo uso. É pacífico o entendimento da doutrina e dos Tribunais no sentido de que a receita é um preço público.” (STF – ADI n. 2.586, Plenário, voto do rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.05.2002, DJ de 01.08.2003).

⁸⁷ Neste ponto, é válido ressaltar que não se entrará no mérito da classificação desses bens, no caso o resultado da exploração, como bens de uso especial, dominicais ou de uso comum, embora essa distinção exista na doutrina, sendo algo polêmico e ainda em discussão nos dias de hoje. Sobre o assunto, vide: “Verifica-se que os dispositivos do Código de Mineração fizeram a referida distinção, ao definir como recurso mineral a substância mineral no estado natural anterior ao seu aproveitamento (*in situ*), que passa a ser denominada substância mineral útil durante a fase de lavra; e como produto mineral a substância mineral lavrada, obtida após a última etapa do beneficiamento adotado pelo minerador, sendo certo que a expressão substância mineral aplica-se tanto ao recurso mineral quanto a produto mineral. Assim, o recurso mineral *in situ*, depois de extraído e beneficiado, transforma-se em produto mineral, como está distinguido na legislação infraconstitucional.” (SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. A compensação financeira pela

aproveitamento poderia ser desenvolvido por agentes privados, por meio de concessão ou autorização dada pela União, com diferentes regimes de exploração.⁸⁸

O ponto central do texto constitucional é o fato de ter determinado, em seu artigo 176, que a exploração desses recursos só pode ser feita “no interesse nacional”, ou seja, coadunado à visão pública e não estritamente privada.

1.3.1.2 Petróleo

Devido à pouca exploração petrolífera no Brasil, a sua regulação e o acesso a esse recurso foram feitos de acordo com a legislação mineral então vigente. Ainda incipiente, i.e., não tendo alcançado o nível de protagonismo que atualmente possui, o petróleo não recebeu maiores atenções legislativas. A pouca exploração ocorrida em território brasileiro resultou em pouca legislação específica, sendo suficiente a submissão da exploração ao regime minerário.

Esse quadro passou a mudar a partir de 1930, momento em que se iniciou uma exploração mais sistemática desse recurso, organizada e difundida, o que ocorreu com o “início da exploração efetiva de petróleo em território nacional, na década de 1930, com as perfurações dos primeiros poços economicamente viáveis na Bahia, até a autossuficiência da produção atingida em 2006”.⁸⁹

A questão petrolífera no Brasil se torna mais delicada a partir do envolvimento de interesses estrangeiros, retratada a partir da polêmica envolvendo Victor Oppenheim e Mark Malamphy, os quais prestavam serviços ao DNPM, cujo quadro funcional estava carente de técnicos capacitados, que atestavam a inexistência de petróleo na Bahia. No caso, Gilberto Bercovici reforça que esses técnicos “buscavam se beneficiar, privadamente,

exploração dos recursos minerais – CFEM. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *Direito minerário aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 216).

⁸⁸ Caso concreto: MARQUES, José Frederico. Jazidas – Ato administrativo – Minas – Registro de imóveis. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Direito ambiental: conservação e degradação do meio ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 4, p. 1.145-1.178. (Coleção Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental, v. 2).

⁸⁹ 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. *Revista Direito GV* [online], v. 5, n. 2, p. 528, jul. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24327>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

dos conhecimentos adquiridos a serviço do Estado Brasileiro”⁹⁰ e atuavam para impedir o desenvolvimento da atividade petrolífera, com base em atestados técnicos.

Isso, contudo, não se manteve por muito tempo, havendo estudos de geólogos brasileiros contestando esses laudos, que conseguiram chamar a atenção dos órgãos responsáveis à época, culminando no primeiro poço de petróleo no Brasil, em janeiro de 1939⁹¹. Curiosamente, Monteiro Lobato⁹² também escreveu sobre essa questão:

Até ali ninguém cuidara de petróleo porque ninguém acreditava na existência do petróleo nessa enorme área de oito e meio milhões de quilômetros quadrados, toda ela circundada pelos poços de petróleo das repúblicas vizinhas. Mas assim que irrompeu o Caraminguá número 1 os negadores ficaram com cara d’asno, a murmurar uns para os outros: “Ora veja. E não é que tínhamos petróleo mesmo?”.

O tratamento jurídico do petróleo foi se alterando conforme a sua exploração foi avançando, sua importância na conjuntura econômica internacional expandia e as reservas brasileiras eram encontradas.

Com o aumento da exploração na década de 1930, a regulação da propriedade do petróleo recebeu maior atenção a partir da Constituição de 1934, iniciando o seu destacamento do regime de exploração mineral geral. Nesse período surgiram alterações na legislação que realçam a singularidade e importância desse recurso para a economia.⁹³

Gilberto Bercovici destaca que, tal como no caso americano (explorado abaixo), a Primeira Guerra Mundial também foi um marco no Brasil, pois a partir do conflito, “seja pelos problemas de abastecimento e conseqüente elevação dos preços, especialmente de carvão, aço e combustíveis [...] seja pelo receio de que as riquezas do país pudessem ser

⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 100-101.

⁹¹ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 101.

⁹² LOBATO, Monteiro. *O poço do visconde*. São Paulo: Brasiliense, 1960. p. 204. Gilberto Bercovici destaca que Monteiro Lobato era favorável à exploração dos recursos minerais pela iniciativa privada, afirmando que para ele, “ao nacionalizar o subsolo e exigir a concessão para a exploração dos recursos minerais, a legislação brasileira teria criado, na realidade, sob o disfarce do discurso nacionalista, uma espécie de ‘reserva de mercado’, que seria explorada pelas grandes empresas internacionais quando se esgotassem as reservas de que dispunham a época” (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 99).

⁹³ Vide: SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 116 e ss.

alvo da cobiça de nações ou grupos econômicos estrangeiros”⁹⁴, finalmente foi dada atenção aos recursos petrolíferos do País.

A alteração no tratamento jurídico do petróleo parte da aprovação de dois Decretos-Leis ns. 395/38 e 3.236/41. O primeiro declarou o abastecimento nacional de petróleo como utilidade pública, e o segundo retirou a exploração de petróleo do Código de Minas então vigente. Sobre a questão do abastecimento nacional e os conflitos que ocorreram no País, Gilberto Bercovici destaca que:

A comercialização dos combustíveis no Brasil, no entanto, era controlada por cinco subsidiárias de grandes companhias estrangeiras (*Standard Oil de New Jersey, Anglo-American* – vinculada à *Royal Dutch Shell, Atlantic Refining Company, Texas Company e Caloric Company*). O combustível era importado das refinarias norte-americanas e inglesas, situadas no Golfo do México ou em Aruba, nas Antilhas Holandesas. Os elevados preços e as vantagens tarifárias e cambiais obtidas pelas distribuidoras geraram vários conflitos na década de 1930.⁹⁵

Essa separação de tratamento jurídico (i.e., direito aplicável à espécie) seria relevantíssima, conforme destacado por Fernando Facury Scaff: “Um dos grandes destaques [...] foi a separação do petróleo do mesmo tratamento que era dispensado até então aos minérios.”⁹⁶

Uma das medidas principais tomadas pelo Estado brasileiro para garantir sua participação na exploração petrolífera foi a criação da Petrobras, por meio da Lei n. 2.004/53, no segundo governo de Getúlio Vargas, o que ocorreu após amplo debate a respeito de qual papel o Estado deveria ter na exploração desses recursos (com posicionamentos nacionalistas e de abertura para empresas estrangeiras).⁹⁷

A Petrobras foi criada sob o regime de sociedade de economia mista⁹⁸, em que a União detinha ao menos 51% do capital social, bem como outros mecanismos para garantir o controle estatal, tendo direito de monopólio da exploração dos recursos petrolíferos no

⁹⁴ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 80-81.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 102.

⁹⁶ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 116.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 148 e ss.

⁹⁸ SOUSA, Rubens Gomes de. Petrobras – Sociedade de economia mista. Monopólio. Imunidade e isenção tributárias. Pessoas jurídicas de direito público e de privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 54, p. 474-491, mar. 1958.

País. Esse monopólio foi posteriormente reforçado pelo presidente João Goulart que, pelo Decreto n. 53.337/63, “conferiu à Petrobras o monopólio sobre as importações de petróleo e derivados, buscando um maior equilíbrio na balança de pagamentos”⁹⁹, cujo segmento “apesar das tentativas dos nacionalistas” não foi incluído na Lei n. 2.004/53.

Esse regime de exploração por empresa monopolista se manteve, inclusive quando da aprovação da Constituição Federal de 1988, sendo mantida a vedação da União “ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás”, conforme a primeira redação do parágrafo 1º do artigo 177.

A abertura da indústria petrolífera se iniciou a partir da aprovação das Emendas Constitucionais ns. 6 e 9/95, que possibilitaram a contratação de empresas privadas para atividades nesse setor.

Assim, iniciou-se a primeira grande transformação desse setor, cujo regime de exploração passou do monopólio para a concessão¹⁰⁰, prevista na Lei n. 9.478/97, cujo regime instaurou polêmica sobre a possível transferência da propriedade de bem público (recurso mineral *lato sensu* para o setor privado), tendo sido reconhecida a constitucionalidade da lei a partir de ação direta de inconstitucionalidade. Não obstante, parte da doutrina ainda enxerga esse regime exploratório como inadequado, vez que atribuiu ao concessionário a propriedade do recurso mineral após a sua exploração, nos termos do artigo 26 da referida lei.¹⁰¹

⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto, Petrobras: monopólio estatal e política concorrencial, cit., p. 137.

¹⁰⁰ Alguns autores defendem que a legislação não usou o termo concessão de forma técnica, pois esse termo seria adequado para a prestação de um serviço por período definido e ao término haveria sua devolução ou reversão ao Estado, sendo que a reversibilidade “faz que certo bem seja transferido ao poder concedente quando a concessão for extinta. A regra se justifica pela necessidade de o poder concedente assegurar a continuidade na prestação do serviço público após o término da concessão” (NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 442. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6 – Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro)). Especificamente sobre a inadequação do termo: “A reversão no caso do petróleo é um absurdo, será impossível. O que existe, na realidade, sob o ponto de vista da técnica jurídica, quando se trata de concessão, é a possibilidade de uma reversão. Mas, quando o bem é consumível, ou exaurível, quando o bem pode desaparecer dentro do prazo da concessão, evidentemente não há possibilidade dessa reversão. O que existe não é uma concessão, o que existe é uma doação, uma cessão. É a entrega do bem do estado a um particular, para que ele se aproveite dessa riqueza.” (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A ordem econômica nas constituições*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 122, p. 344, mar./abr. 1949).

¹⁰¹ “A autorização constitucional da apropriação pelo concessionário do produto da lavra diz respeito aos bens móveis extraídos, que não afeta a propriedade da União sobre os bens imóveis não extraídos. Por este motivo, a concessão não é de direito real de uso, porque ela não outorga, além do direito de extrair e de se apropriar do que e quando se extrair, o direito ao concessionário de se apropriar dos minerais no subsolo, antes de serem extraídos. Ela concede um direito de propriedade futura, uma espécie do direito de crédito,

A segunda grande transformação do setor petrolífero ocorreu a partir da descoberta das reservas da camada do pré-sal, cuja abundância e possível importância para o desenvolvimento do País resultou em legislação direcionada a aumentar a ingerência do Estado no setor petrolífero. Ou seja, a intenção era não submeter essas reservas significativas ao regime de concessão, visto como insuficiente, no que tange ao controle estatal. Assim, surgiu o regime de partilha de produção¹⁰², a partir da Lei n. 12.351/2010¹⁰³. Esse modelo é visto como mais vantajoso para o Estado, vez que a exploração de bacias é atribuída às empresas que, em certame licitatório competitivo, ofereçam ao Estado a maior parcela e produção de excedente em óleo.

O regime de partilha, direcionado à exploração das reservas estratégica do pré-sal, permite a contratação direta da Petrobras, sendo dispensável a licitação, ou realização de licitação ampla, na qual empresas privadas poderiam instituir consórcio com a empresa estatal, sendo garantido a essa a operação do bloco e participação *mínima* de 30% (trinta por cento) do consórcio. Nesse regime, cumpre destacar, a propriedade dos recursos petrolíferos a serem explorados se manteve atribuída ao Estado, sem transferência dos recursos.

Esse regime de maior controle, porém, passou a ser paulatinamente desmontado nos últimos anos, iniciando com Projeto de Lei do Senado n. 131/2015, do senador José Serra, visando, por questões conjunturais-fiscais, a afrouxar a influência pública sobre a atividade. Assim, a primeira questão abordada pelo referido Projeto foi tornar facultativa a

sobre um bem móvel quando extraído. [...] Em decorrência disto, a natureza jurídica do contrato de concessão de exploração de petróleo, assim como o contrato de concessão de lavra mineral, é a de um contrato de concessão de uso de exploração de bens públicos indisponíveis, cujo regime jurídico é distinto em virtude da Constituição e da legislação ordinária, portanto, a de um contrato de direito público.” (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 290-291).

¹⁰² Destaca-se que há ainda o regime de cessão onerosa, o qual não será abordado. Esse modelo foi utilizado pontualmente para permitir a capitalização da Petrobras, visando à exploração das reservas do pré-sal. Assim, a Lei n. 12.276/2010 autorizou a “União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal”, sendo que “a cessão de que trata o *caput* deverá produzir efeitos até que a Petrobras extraia o número de barris equivalentes de petróleo definido em respectivo contrato de cessão, não podendo tal número exceder a 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo”. Esse pagamento, nos termos da lei, deveria ser feito prioritariamente em títulos da dívida pública mobiliária federal.

¹⁰³ Nessa alteração de regimes de exploração, criou-se também a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a qual “terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União”, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 12.304/2010.

participação da Petrobras nos consórcios de exploração das reservas do pré-sal¹⁰⁴; outra questão que vem sendo noticiada é a redução de conteúdo local nas compra de bens e serviços prestados no País.

Fato é que o processo de aprimoramento legislativo, ou, melhor dizendo, a conveniência e oportunidade de alterar leis em face de mudanças conjunturais pontuais, pode não refletir o melhor interesse da nação, mas sim mero oportunismo.

1.3.2 Estados Unidos

A regra tradicional do *common law*¹⁰⁵, e adotada nos Estados Unidos, é que a propriedade de determinada área territorial abrange toda a extensão do subsolo,

¹⁰⁴ Projeto do senador José Serra, originalmente recebido pelo Senado como Projeto de Lei n. 131/2015; após a sua aprovação pela casa, ele foi remetido à Câmara dos Deputados e tramita como Projeto de Lei n. 4.567/2016, o qual “altera a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção”. A justificativa para esse Projeto afirma que “a exploração do pré-sal tem urgência, pois a oferta interna de petróleo em futuro próximo dependerá dessa exploração”, “a sucessão de escândalos associados às alegações de cartel, suborno e lavagem de dinheiro criaram uma situação quase insustentável para uma companhia que tem que implementar um dos maiores programas de investimento do mundo”, “a Petrobras tem convivido com pressões financeiras que põem em risco o cumprimento de suas ações nos campos do pré-sal” e “cabe ainda salientar que, em 2014, o crescimento da oferta de petróleo foi mais acentuado que o da demanda, o que ocasionou uma forte desvalorização de seu preço. A perspectiva é a de que a cotação de petróleo permaneça deprimida em 2015 e que a exportação brasileira de energéticos diminua 30,7%. A queda no preço do petróleo no mercado internacional tem efeitos na arrecadação dos *royalties* sobre a produção e pode diminuir a rentabilidade, ainda que em curto prazo, dos projetos de exploração no pré-sal, uma vez que o planejamento da produção considerou um valor mínimo que, dependendo do projeto, pode ficar acima da atual cotação do petróleo, tornando-se economicamente inviável”. Diante dessa conjuntura, o autor do projeto defende uma revogação da participação obrigatória da Petrobras na exploração do pré-sal.

¹⁰⁵ “A máxima inicial de que o proprietário de terra a detém ‘*ad inferno ad caelum*’ foi sujeita no início do *common law* à qualificação de que, em uma terra que continha mina da realeza (ouro e prata), a propriedade da mina era do rei. O direito do rei foi reconhecido em um caso inicial entre a rainha e o conde de Northumberland. Os três fundamentos deste direitos apresentados pelo advogado da rainha eram: primeiro, a analogia entre a excelência do ouro e da prata e a excelência do rei; segundo, a necessidade de ter esses metais preciosos para prover o bem público do reinado; terceiro, a cunhagem de dinheiro para promover o comércio. Com base na última decisão, Blackstone manteve o direito de prerrogativa do rei. Em decisão anterior, nem só este direito de prerrogativa foi mantido em minas que continham ouro e prata, mas também foi declarado que se uma mina de cobre, ou mina de qualquer outro metal, contivesse ouro ou prata, esta mina também seria da Coroa, pois o Rei não poderia ser co-proprietário com outro, nem poderia compartilhar seus direitos com outros. Pouco tempo depois foram aprovadas leis para superar os efeitos desta decisão”. No original: “*The familiar maxim that one who owns land owns it ‘ad inferno ad caelum’ was subject at early common law to the qualification that if a person owned lands which contained royal mines (gold and silver) the ownership of the mines rested in the King. The right of the King was first recognized in an early case between the queen and the Earl of Northumberland. The three reasons as expressed by the Queen’s solicitor for such rights were: first, the analogy between the excellency of gold and silver and the excellency of the King; second, the necessity of having those precious metals in order to provide for the public welfare of the kingdom; third, the coinage of money to promote commerce. Upon the last reason Blackstone upheld the King’s prerogative right. By a later decision, not only was the King’s*

observando o ditado “*ad inferno usque ad caelum*”, não havendo qualquer limitação dos direitos do proprietário. Isso significa que é possível haver propriedade privada ampla dos recursos minerais e petrolíferos encontrados no subsolo.

Embora essa característica faça com que os Estados Unidos se distingam de praticamente todos os demais países, a formação americana da propriedade dos recursos minerais e petrolíferos possui alguns traços em comum com a brasileira.

Uma análise mais detida da formação histórica dos regimes de propriedade norte-americanos mostra a preocupação do país com os seus recursos, principalmente aqueles tidos como mais estratégicos, tendo havido o destacamento de alguns recursos minerais do regime de propriedade privada ampla.

Até a presente data está em vigor no país o *General Mining Law* de 1872, que institui regime de acessão, no qual o proprietário do solo também detém propriedade e controle dos recursos minerais. Não obstante, o país optou por remover diversos recursos estratégicos da regulação dessa lei, submetendo-os a regime jurídico distinto.¹⁰⁶

1.3.2.1 Mineração

Também de origem colonial visando à exploração de recursos naturais, os *charters* da Coroa inglesa (instrumento jurídico declaratório e constitutivo de direitos) concedidos àqueles que residiram na nova colônia reservavam direitos de soberania sobre parcela dos recursos minerais à Coroa. A título de exemplo, vale apresentar o *charter* cedido a sir Walter Raleigh pela rainha Elizabeth:

prerogative right established in mines which contained gold and silver, but it was also declared that if a copper mine or mine of any other metal contained gold and silver then such mine was also to be in the Crown, for the King could not hold jointly with another, nor could he share his rights with another. But statutes were soon enacted to overcome the effect of this decision.” (LEWIN, Tobias. *The history of government property in minerals in the United States. Washington University Law Review*, v. 16, No. 3, p. 245, Jan. 1931 – nossa tradução). E também: “*Land law was the kernel and core of common law*” (FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of american law*. 2nd ed. New York: Simon & Schuster, 1985. p. 230).

¹⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 72.

Reservando sempre para nós e nossos herdeiros e sucessores, por todos os serviços, deveres e demandas, o quinto de todo o minério de ouro e prata que de vez em quando e sempre quando for descoberto e após a subjugação e posse a partir disso obtida.¹⁰⁷

Quando da transição de colônia inglesa para uma nação independente, houve interesse desse Estado recém-formado em também garantir para si uma parcela dos recursos minerais; naturalmente, isso não pode ser visto como uma nacionalização *per se* de recursos minerais, pois não houve estatização ampla e irrestrita. Após a declaração de independência, dispositivos idênticos constavam na legislação referente à regulação de terras públicas oriundas da aquisição de novos territórios, constando na *Land Ordinance* de 1785¹⁰⁸ a reserva de “um terço de todas as minas de ouro, prata, chumbo e cobre, a serem vendidas ou dispostas de forma definida posteriormente pelo Congresso”.¹⁰⁹

No caso, isso demonstra que a regulação dos recursos minerais nos Estados Unidos iniciou não como uma legislação minerária específica instituída para regular o acesso e exploração dessa atividade, mas sim como a regulação e disposição de terras públicas, o que demonstra maior interesse em se valer disso como instrumento de arrecadação de receitas e ocupação de território.

¹⁰⁷ No original: “Reserving always to us our heirs and successors for all services, duties, and demands the fifth part of all the ore of gold and silver that from time to time and at all times after such discovery, subduing, and possessing shall be there gotten and obtained”. Destaca-se que: “Nem todos os *charters* continham a mesma provisão. Na Virginia, 1/15 de todo cobre estava reservado. No *grant* para o lorde Baltimore, além do ouro e prata, o rei reservou um quinto de todas as gemas e pedras preciosas que fossem encontradas. O *charter* da Carolina reservou *royalties* de um quarto dos metais ‘reais’ [da realeza] além de um pagamento anual de vinte ‘marks’. O *grant* para o duque de Iorque era diferente dos demais devido ao fato que dava ao duque os metais na terra em troca de um pagamento anual de quarenta peles de castor. Por esse motivo, até a presente data Nova Iorque defende que detém esse direito, de forma que todas as minas de ouro e prata continuam na propriedade do Estado”. No original: “But not all charters contained the same provision. In Virginia one-fifteenth of all copper was reserved. In the grant to Lord Baltimore, in addition to the gold and silver, the King reserved one-fifth of all the gems and precious stones found. The charter of Carolina reserved a royalty of one-fourth of the royal metals plus an annual payment of twenty marks. The grant to the Duke of York was different from the others in that it gave the Duke the metals in the land in return for an annual payment of forty beaver skins. By reason of this New York has even up to the present day continued to assert such right, so that all of the gold and silver mines still vest in the state.” (LEWIN, Tobias, *The history of government property in minerals in the United States*, cit., p. 245-246 – nossa tradução).

¹⁰⁸ “Nor was the federal government totally supine, spending its wealth in land like some sort of spendthrift, without any checks and controls. The government, for example, fought stubbornly to keep mineral rights out of private hands, dreaming of the gold and silver that might be hiding in the ground out West.” (FRIEDMAN, Lawrence M., *A history of american law*, cit., p. 232).

¹⁰⁹ No original: “one-third part of all gold, silver, lead and copper mines, to be sold or otherwise disposed of as Congress shall hereafter direct” (Disponível em: <<https://www.in.gov/history/2478.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2018 – nossa tradução).

A disposição de terras nesses novos territórios foi uma das formas encontradas pelo Estado para se financiar e arrecadar recursos, tendo sido dado ao Congresso amplo poder de ceder e vender parcelas de terra. O desejo e interesse de ocupar esse novo território para incorporá-lo ao Estado influenciou a postura do Congresso, que atuou de forma a melhor atender essa finalidade¹¹⁰. Isso significa que houve uma política de ampla cessão de terras públicas no Oeste no período de 1785 até 1866, sendo que muitas dessas terras continham recursos minerais, cujas reservas eram geralmente desconhecidas.¹¹¹

Essa política de cessão desenfreada sofreu mudanças justamente com a descoberta de grandes reservas de ouro na Califórnia¹¹² e o consequente *gold rush*, resultando na

¹¹⁰ Neste sentido, vide o caso *Gibson v. Chouteau* de 1871, no qual se determinou que: “*With respect to the public domain, the Constitution vests in Congress the power of disposition and of making all needful rules and regulations. That power is subject to no limitations. Congress has the absolute right to prescribe the times, the conditions, and the mode of transferring this property or any part of it, and to designate the persons to whom the transfer shall be made. No state legislation can interfere with this right or embarrass its exercise, and to prevent the possibility of any attempted interference with it, a provision has been usually inserted in the compacts by which new states have been admitted into the Union that such interference with the primary disposal of the soil of the United States shall never be made. Such provision was inserted in the act admitting Missouri, and it is embodied in the present constitution, with the further clause that the legislature shall also not interfere ‘with any regulation that Congress may find necessary for securing the title in such soil to the bona fide purchasers’.* The same principle which forbids any state legislation interfering with the power of Congress to dispose of the public property of the United States also forbids any legislation depriving the grantees of the United States of the possession and enjoyment of the property granted by reason of any delay in the transfer of the title after the initiation of proceedings for its acquisition. The consummation of the title is not a matter which the grantees can control, but one which rests entirely with the government. With the legal title, when transferred, goes the right to possess and enjoy the land, and it would amount to a denial of the power of disposal in Congress if these benefits, which should follow upon the acquisition of that title, could be forfeited because they were not asserted before that title was issued.” (Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/80/92/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018).

¹¹¹ Sobre esse modelo, o presidente Polk, em seu primeiro discurso ao Congresso em 1845, afirmou: “*The present system of managing the mineral lands of the United States is believed to be radically defective. More than a million acres of the public lands, supposed to contain lead and other minerals, have been reserved from sale, and numerous leases upon them have been granted to individuals upon a stipulated rent. The system of granting leases has proved to be not only unprofitable to the Government, but unsatisfactory to the citizens who have gone upon the lands, and must, if continued, lay the foundation of much future difficulty between the government and the lessees [...]. I recommend the repeal of the present system and that these lands. be brought into market and sold upon such terms as Congress in their wisdom may prescribe, reserving to the government an equitable percentage of the gross amount of mineral product [...].*” (MILLER, David W. *The historical development of the oil and gas laws of the United States. California Law Review*, v. 51, No. 3, p. 508-509, 1963).

¹¹² Neste sentido, vide *Jenninson v. Kirk*, de 1878: “*The discovery of gold in California was followed, as is well known, by an immense immigration into the state, which increased its population within three or four years from a few thousand to several hundred thousand. The lands in which the precious metals were found belonged to the United States, and were unsurveyed, and not open by law to occupation and settlement. Little was known of them further than that they were situated in the Sierra Nevada mountains. Into these mountains the emigrants in vast numbers penetrated, occupying the ravines, gulches, and canyons and probing the earth in all directions for the precious metals. Wherever they went, they carried with them that love of order and system and of fair dealing which are the prominent characteristics of our people. In every district which they occupied they framed certain rules for their government by which the extent of ground they could severally hold for mining was designated, their possessory right to such ground secured and*

tentativa de o Estado destacar formalmente os recursos minerais da ocupação de terras públicas no Oeste e tentar reverter parte do prejuízo sofrido com a política anteriormente adotada:

Em todas as leis gerais concedendo direito de preempção de terras públicas aos colonos as terras minerais eram excepcionadas e após a entrada de um Estado na União essas reservas eram novamente destacadas. Por meio da lei aprovada pelo Congresso em 3 de março de 1853 foi determinado que todas as terras públicas no Estado da Califórnia, mapeadas ou não, exceto as terras minerais [...] e foi também disposto que nenhum indivíduo poderia se valer dos benefícios da lei por meio de *settlement* ou *location* em terras minerais.”¹¹³

Na prática, não foi possível retomar as rédeas dos direitos de propriedade dos recursos minerais em terras que tinham sido ocupadas e, além disso, o Estado enfrentou dificuldades para impor quaisquer regras no novo território. Sequer foi possível garantir o repasse da parcela estatal dos recursos minerais, culminando na anuência pelo Estado quanto a eventuais ilegalidades, criando uma situação fática irreversível, a partir da decisão de “aquiescer com estas invasões, e, após ter essa posição por 18 anos (1849 até 1866), não estava em uma boa posição para ter uma postura diferente”. Assim, o Congresso reconheceu a situação e, por meio de lei promulgada em 26 de julho de 1866, ficou determinado que “os depósitos minerais pertencentes aos Estados Unidos são declarados como livres e abertos para acesso e compra”.¹¹⁴

enforced, and contests between them either avoided or determined. These rules bore a marked similarity, varying in the several districts only according to the extent and character of the mines, distinct provisions being made for different kinds of mining, such as placer mining, quartz mining, and mining in drifts or tunnels. They all recognized discovery, followed by appropriation, as the foundation of the possessor's title, and development by working as the condition of its retention. And they were so framed as to secure to all comers, within practicable limits, absolute equality of right and privilege in working the mines. Nothing but such equality would have been tolerated by the miners, who were emphatically the lawmakers, as respects mining, upon the public lands in the state. The first appropriator was everywhere held to have, within certain well defined limits, a better right than others to the claims taken up, and in all controversies except as against the government he was regarded as the original owner, from whom title was to be traced.” (Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/98/453/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018).

¹¹³ No original: “*In all general laws granting the right of pre-emption to settlers upon public lands, mineral lands were excepted and upon the entrance of a state into the Union such reservation was again expressly made. By the act of Congress passed March 3, 1853, it was provided that all public lands in the State of California, whether surveyed or unsurveyed excepting mineral lands [...] and it was further provided that no person should obtain the benefits of the act by a settlement or location on mineral lands.*” (LEWIN, Tobias, *The history of government property in minerals in the United States*, cit., p. 247 – nossa tradução).

¹¹⁴ No original: “*acquiesce to these trespasses, and after doing so for 18 years (1849 to 1866), it was in a poor position to take a different stand*”; “*declared mineral deposits in lands belonging to the United States free and open to exploration and purchase*” – nossa tradução.

Naturalmente, essa postura não restou isenta de críticas.¹¹⁵

Contudo, a abertura se manteve e a referida lei, em conjunto com outra aprovada em 1870, compôs o que ficou conhecido como o *General Mining Law (Act) of 1872*, a primeira legislação nitidamente minerária no país, sedimentando o regime de acessão, em que o proprietário da terra também adquiria os recursos minerais do subsolo e uma exploração ampla e livre. Essa apropriação privada também implicou uma renúncia de receita pública pelo país, não havendo previsão de qualquer cobrança de *royalties* a partir da exploração desses recursos minerais. Apenas para esclarecer, não haveria propriedade pública e apropriação do bem mineral após sua extração, pois, nos Estados Unidos, o recurso mineral é privado, não sendo devido nada, sob qualquer justificativa, ao Estado.

Outras críticas direcionadas à legislação se concentram no controle precário dos recursos minerais e a deturpação da lei e sua utilização para adquirir terras públicas por valores simbólicos para outras finalidades que não a mineração¹¹⁶. Nesse sentido, Jared Diamond apresenta crítica contundente, ao afirmar que:

Portanto, a indústria de mineração evoluiu nos EUA com um senso inflado de direito, uma crença de que estava acima de todas as regras, e uma visão de si mesma como salvação do Oeste – ilustrando assim o problema de valores que vivem além de sua utilidade, como discutido no capítulo anterior. Os executivos das empresas de mineração respondem à crítica ambiental com homílias de como a civilização teria sido impossível sem a mineração, e que mais regulamentação representaria menos mineração e, portanto, menos civilização. [...] A lei federal básica que regula a mineração nos EUA ainda é o *General Mining Act*, aprovado em 1872. Esta lei destina grandes subsídios às empresas de mineração, como bilhões de dólares anuais de direitos não cobrados sobre minerais extraídos de terras públicas, uso ilimitado de terras públicas para jogar fora resíduos de minas em alguns casos, e outros subsídios que custam aos contribuintes um quarto de bilhão de dólares por ano.¹¹⁷

¹¹⁵ “*In retrospect, it is difficult to understand Congress's decision to relinquish the Federal mineral rights. The United States might have encountered difficulties in restraining unlawful exploitation of the mineral deposits if it had reserved certain rights in them; however, these difficulties provide a poor basis for deciding to abandon all rights. It is understandable that such a system is accepted in today's society, since the Federal taxing authority now allows the Government to share in the profits that miners make on their discoveries. In 1866, however, this condition did not exist to the degree it does today.*” (MILLER, David W. *The historical development of the oil and gas laws of the United States*, cit., p. 510).

¹¹⁶ Vide: BAKKEN, Gordon Morris. *The mining law of 1872: past, politics and prospects*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 2008. p. 7.

¹¹⁷ DIAMOND, Jared M. *Colapso: como as sociedades escolhem os fracassos ou o sucesso*. 5. ed. Tradução de Alexandre Raposo. São Paulo: Record, 2007. p. 308.

Apesar das limitações da legislação que regula o acesso a recursos minerais em terras federais, esse regime vigora até hoje, regulando os chamados *hardrock minerals*.¹¹⁸

1.3.2.2 Petróleo

O *General Mining Law (Act) of 1872*, no momento de sua aprovação, regulou toda a exploração minerária no país, inclusive o petróleo¹¹⁹. Não obstante, pouco tempo após a aprovação da lei, houve resistências à sua aplicação ao petróleo, o que posteriormente culminou na remoção deste, e de outros recursos estratégicos, tal como carvão, do regime dessa lei.

Por exemplo, entre 1896 e 1897, houve determinação do secretário do Departamento de Terras afirmando não ser possível acessar (se apropriar ou explorar) recursos petrolíferos por meio da legislação geral minerária, mas sim por leis de acesso a terras públicas. Essa tentativa de resistir à submissão do petróleo ao regime de acesso geral e amplo foi rechaçada, pois o Congresso americano, em seguida, aprovou legislação determinando que qualquer pessoa poderia acessar terras contendo petróleo por meio da legislação mineral¹²⁰, sujeita a maior regulação e exigências.

O *General Mining Act*, porém, não se adaptou às especificidades da exploração desse recurso. O crescimento da exploração petrolífera na Califórnia, o evidente receio de sobre-exploração da riqueza da nação, bem como a conversão da matriz de combustível da Marinha americana de carvão para petróleo, além da importância bélica do recurso, gerou

¹¹⁸ Alguns exemplos de *hardrock minerals* são ouro, prata, cobre, urânio e chumbo. Os minerais sujeitos ao regime de cessão são petróleo, gás, carvão e fosfato. Existe um terceiro regime para minérios “ordinários”, tais como argila e areia, cuja disposição é feita por meio de vendas.

¹¹⁹ Para detalhes sobre como essa regulação operava na prática, vide: COSTIGAN, George P. *Handbook on american mining law*. St. Paul: West Publishing Co., 1908. p. 470 e ss.

¹²⁰ LEWIN, Tobias, *The history of government property in minerals in the United States*, cit., p. 249; MILLER, David W. *The historical development of the oil and gas laws of the United States*, cit., p. 511. Essa legislação (Act of February 11, 1897) determinava que: “*That any person authorized to enter lands under the mining laws of the United States may enter and obtain patent to lands containing petroleum or other mineral oils, and chiefly valuable therefore, under the provisions of the laws relating to placer mineral claims. Provided, That lands containing such petroleum or other mineral oils which have heretofore been filed upon, claimed, or improved as mineral, but not yet patented, may be held and patented under the provisions of this act the same as if such filing, claim, or improvement were subsequent to the date of the passage hereof.*”

uma movimentação no sentido de direcionar, ou ao menos aumentar, o controle, para formular uma política nacional de petróleo.¹²¹

As preocupações advindas do regime de livre acesso resultou em ordens executivas para suspender a entrega de terras públicas contendo petróleo “de forma a auxiliar a legislação proposta afetando o uso e disposição de reservas de petróleo em terras públicas”¹²². Ou seja, a rigor, paralisou-se o desenvolvimento dessa atividade para reavaliar a forma como os recursos naturais estavam sendo geridos. Curioso destacar que essa ordem foi resultado direto de uma carta do diretor do U.S. Geological Survey, George Otis Smith, ao secretário do Interior, datada de 24 de fevereiro de 1908, que dispõe:

Tenho a honra de chamar sua atenção à superioridade dos combustíveis líquidos – isto é, produtos de petróleo em ou outra forma – em navios a vapor, e também à política do governo britânico em usar esses combustíveis líquidos como combustível de emergência em navios de batalha [...]. Por esse motivo, eu devo recomendar que o protocolo de pedidos de propriedade de terras petrolíferas no Estado da Califórnia seja suspenso para que o Governo possa manter a propriedade de suprimentos valiosos de combustível líquido nesta região onde todo combustível é caro [...]. Mantido o ritmo atual em que as terras petrolíferas da Califórnia estão sendo apropriadas por agente privados, nos próximos meses será impossível manter a propriedade dessas terras pelo povo dos Estados Unidos. Após isso o governo terá de recomprar o mesmo petróleo que está praticamente doando [...]. Em relação ao fornecimento de petróleo, a produção no ano passado não alcançou os patamares para comercialização e as reservas foram usadas para suprir a demanda. Atualmente, o ritmo de aumento da demanda é maior que o ritmo de aumento da produção e isso, em conjunto com a depleção de outros campos mais velhos, dado o esgotamento de área e a inundação de áreas que seriam utilizadas, demonstra como é importante a questão de conservar o restante da reserva.¹²³

¹²¹ MILLER, David W. The historical development of the oil and gas laws of the United States, cit., p. 511.

¹²² No original: “*in aid of proposed legislation affecting the use and disposition of the petroleum deposits on the public domain*” (United States v. Midwest Oil Company. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/459/case.html>>. Acesso em: 06 maio 2018).

¹²³ No original: “*I have the honor to call your attention to the superiority of liquid fuels – that is, petroleum products in one or another form-on steamships, and also to the policy of the British Government in using such liquid fuels as emergency fuels in battleships [...]. For that reason I have to recommend that the filing of claims to oil lands in the State of California be suspended in order that the Government may continue ownership of valuable supplies of liquid fuel in this region where all fuel is expensive [...]. The present rate at which the oil lands in California are being patented by private parties will make it impossible for the people of the United States to continue ownership of oil lands there more than a few months. After that the Government will be obliged to re-purchase the very oil that it has practically given away [...]. Regarding the petroleum supply, the production last year did not meet the requirements of the trade, and the reserve stock was drawn on to meet the demand. At present the rate of increase in demand is more rapid than the increase in production, and this, taken in connection with the great falling off in certain of the older fields, due to depletion of the sands and to flooding by water of sands which otherwise might be productive, shows how important is this matter of a conservation of the remaining supply.*” (MILLER, David W. The historical development of the oil and gas laws of the United States, cit., p. 512 – nossa tradução).

Embora a referida ordem tenha sido atacada posteriormente, resultando na promulgação de lei a validando, foi praticamente proibida a utilização de terras públicas para desenvolvimento de novos empreendimentos de petróleo, até a promulgação de nova legislação voltada para regulação específica, ou mais adequada, para petróleo e outros recursos minerais estratégicos. Essa regulação mais adequada veio na forma da *Mineral Leasing Act* em 1920, a qual tratou da exploração *onshore* de petróleo.

A partir dessa nova legislação, estabeleceu-se uma distinção entre propriedade do solo e subsolo e recursos minerais, para fins de exploração de alguns recursos minerais específicos, permitindo-se a exploração por meio de arrendamento de terras públicas federais contendo esses minérios. Isto é, foi restringido o direito de propriedade, garantindo-se apenas o acesso a esse recurso para fins de exploração. A exploração *offshore*, por sua vez, é submetida ao mesmo regime jurídico de arrendamento, embora esteja sujeita a outro diploma legal, no caso o *Submerged Lands Act of 1953* e *Outer Continental Shelf Lands Act* de 1953, havendo terras marinhas estaduais e federais, sendo de competência estadual as primeiras três milhas, e federal a partir dessas três milhas.

Nos Estados Unidos, portanto, há ao menos cinco regimes de propriedade e acesso a recursos minerais: o primeiro trata da exploração de recursos minerais de propriedade privada, o que é feito mediante instrumentos privados; o segundo de recursos minerais de propriedade estadual, sujeitos à legislação estadual; o terceiro do acesso livre a recursos minerais federais por agentes privados (*General Mining Law* de 1872); o quarto do acesso a recursos minerais por meio de arrendamento, não permitindo uma apropriação privada *per se* (*Mineral Leasing Act* de 1920); o quinto permite a disposição de recursos minerais “comuns”, especialmente aqueles voltados para construção cível, por meio de venda.¹²⁴

Como visto, a questão do regime aplicável de acesso depende da propriedade do recurso mineral a ser explorado. Nesse ponto, existe parcela significativa de recursos minerais de propriedade de agentes privados, resultante das políticas anteriormente adotadas pelo país e cujos direitos adquiridos ou ato jurídico perfeito de aquisição de propriedade foram observados. Não obstante, aos poucos o Estado americano (esfera

¹²⁴ Para tais minérios “comuns”, o Congresso autorizou a disposição por meio de venda. Esses minérios foram removidos do sistema de apropriação do *General Mining Act* pelo *Materials Act* de 1947 e o *Common Varieties Act* de 1955 (LAITOS, Jan G.; TOMAIN, Joseph P. *Energy and natural resources law in a nutshell*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992. p. 248).

federal) foi destacando alguns minérios estratégicos desse regime de apropriação privada, permitindo a apropriação desses recursos por meio de arrendamento com algum grau de ingerência (federal ou estadual) sobre a atividade.

Nos Estados Unidos, portanto, há ao menos três regimes de propriedade e acesso a recursos minerais. O primeiro trata da exploração de recursos minerais de propriedade privada, o que é feito mediante instrumentos privados; o segundo trata do acesso livre a recursos minerais do Estado por agentes privados; e o terceiro trata do acesso a recursos minerais por meio de arrendamento, não permitindo uma apropriação privada *per se*.

1.4 Análise das escolhas estatais da gestão e regulação do acesso aos recursos minerais e petrolíferos

Um dos principais pontos que chama atenção na análise dos dois países é o aspecto temporal da regulação de cada recurso não renovável analisado, mineral e petrolífero, vez que eles não receberam tratamento jurídico concomitante. No caso, a regulação de recursos minerais (*stricto sensu* ou *hardrock*) veio primeiro, na forma de uma legislação guarda-chuva, com posteriores destacamentos de recursos específicos, tais como o petróleo.

Isso é visível na formação histórica dos países que, em sua concepção, eram meras colônias, estabelecidas para explorar recursos minerais em benefício do país colonizador e a respectiva Coroa. Ou seja, os recursos minerais *hardrock*, tais como ouro, prata e carvão eram amplamente utilizados nessa época, tendo *utilidade* e *valor* de troca, de forma que as expedições realizadas visavam justamente a descobrir novas riquezas dessa natureza. Dada a ampla utilização dos recursos minerais e seu valor econômico, havia, naturalmente, regulação jurídica. Em outras palavras, o que estimulou a regulação da exploração foi justamente a utilidade do recurso para a sociedade.

Nesse sentido, e como expõe Fabio Nusdeo, “quanto mais econômico o bem, isto é, quanto mais escasso, mais Direito, ou seja, maior número de normas seria necessário para regular o seu uso [...] [p]ortanto [...] dificilmente se poderá dizer de um Direito que ele não

seja, no fundo econômico”¹²⁵. Em se tratando de um bem escasso, ao qual todos pretendem acesso ou por ele serem beneficiados, o ordenamento jurídico serve como diretriz distributiva, possibilitando um uso ordenado e, em tese, justo; leia-se, de acordo com as escolhas políticas de determinada sociedade quando da promulgação de suas leis¹²⁶. No caso dos recursos minerais *stricto sensu*, a atribuição de valor que lhes foi dada implicava sua busca por toda a população, o que resultou na sua conseqüente regulação.

Assim, a Coroa sempre houve por bem reservar para si total ou parcialmente o produto da exploração dos recursos minerais da colônia, permitindo ao agente local explorador a participação no restante. Isso é nítido tanto a partir das Ordenações portuguesas emitidas para regular as relações no Brasil, quanto dos *charters* cedidos pela Coroa àqueles que se estabeleceriam nos Estados Unidos: sempre houve reserva do *quinto* do rei.

Essa visão de reserva “pública” (considerando, *mutatis mutandis*, que, à época, Coroa era sinônimo de Estado e esfera pública) perdurou com a independência de ambos os países e sua transformação em Estados novos (reconhecido que no Brasil houve transição da Coroa portuguesa para a brasileira), os quais também reservaram para si parcela da exploração dos recursos minerais em seu território. Não obstante, a partir daí ambos os países trilharam seus próprios rumos, de acordo com a conjuntura e ideologia predominante na época.

Os Estados Unidos, logo após a sua instituição, se valeram da disposição de seu território e, conseqüentemente, dos recursos naturais não renováveis que nela se encontravam, para se financiar, principalmente em relação às dívidas contraídas durante a guerra pela sua independência. Esse instrumento foi utilizado também para incentivar seus cidadãos a ocupar o Oeste do continente, notadamente a partir da visão do *destino manifesto* daquela nação; após ter admitido essa ocupação ampla, não houve aparato estatal suficiente para reordenar as esferas públicas de propriedade, notadamente sobre os

¹²⁵ NUSDEO, Fabio. *Da política econômica ao direito econômico*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977. p. 5.

¹²⁶ Eis o motivo pelo qual “no processo do capitalismo, que se ouça o depoimento de um jurista” (RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Tradução de Gilda G. de Azevedo. São Paulo: Freitas Bastos, 1947. p. 9). Em contraponto, Lawrence Friedman já destaca que “‘law’ is a massive, vital presence in the United States. It is too important to be left to lawyers” (FRIEDMAN, Lawrence M. The law and society movement. *Stanford Law Review*, v. 38, No. 38, p. 780, Feb. 1986).

recursos minerais, resultando em legislação ampla, admitindo a propriedade, em 1872 (*General Mining Act*). No Brasil ocorreu formação semelhante de titularidade pública dos recursos minerais (observada a ressalva acima de comparação, *mutatis mutandis*, entre esfera pública e Coroa) até 1891, quando, sob influência das leis americanas, admitiram um regime de propriedade privada ampla dos recursos minerais.

A *reserva pública* dos recursos minerais, ou parcela desses recursos, não durou por tanto tempo nos dois países, sendo implantado um regime de acessão em ambos, a partir de uma valorização extensa do direito à propriedade como inviolável. No Brasil, essa mudança foi mais paulatina, tendo ainda vigorado por um tempo a separação e a titularidade pública; nos Estados Unidos, a incorporação da propriedade privada de recursos foi quase que imediata, a partir das regras clássicas do *common law* acerca da extensão da propriedade. Essa ampla liberdade privada de recursos minerais teve o mesmo efeito em ambos os casos: uma corrida para a aquisição de terras, o que ainda ocorre nos Estados Unidos, a partir da deturpação da legislação e da apropriação de terras para outras finalidades que não a atividade minerária, em troca de recursos poucos.

Em ambos os países nesse período, a regulação de recursos minerais tratava principalmente dos minérios *stricto sensu*, dada a pequena ou inexistente exploração petrolífera, de forma que sua regulação era atribuída às leis gerais já existentes sobre o tema (de recursos *hard rock*). A indústria do petróleo ainda estava na infância.

Nos Estados Unidos, a indústria do petróleo nasceu na Pennsylvania em 1859, a partir de descoberta de Drake, tendo sido constatada outra reserva no Texas, em 1901, período em que outros recursos ainda eram utilizados para fins energéticos (tais como carvão) ou para iluminação. A evolução tecnológica, porém, tornou o petróleo uma das principais fontes de energia, sendo que, em 1910, os Estados Unidos produziam 64% de todo o petróleo do mundo.¹²⁷

Apesar das manifestações da época e tentativas de destacar esse recurso da lei geral de mineração, que permitia a apropriação privada, a regulação do petróleo se manteve sob

¹²⁷ MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 311; FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 217.

esse regime. Uma regulação mais condizente com o caráter estratégico do petróleo veio após a Primeira Guerra Mundial¹²⁸, tendo sido assimilado pelo país o caráter bélico do recurso, além das preocupações com abastecimento interno e dependência do fornecimento externo.

O Brasil observou traços semelhantes, tendo sido ainda mais tardio na alteração de seu regime de exploração. A primeira descoberta de petróleo se deu em 1858, quando o marquês de Olinda autorizou a exploração de mineral betuminoso para querosene perto do Rio Marau, com descobertas posteriores em 1891 em Alagoas e 1897 em Bofete/SP, onde ocorreu a primeira tentativa de explorar petróleo comercialmente¹²⁹. Apesar de a Primeira Guerra Mundial também ter sido um alerta para o Brasil sobre a elevação dos preços dos combustíveis e os interesses de empresas estrangeiras nos recursos do País, a regulação do petróleo se manteve sob a égide das leis gerais de mineração até 1930, quando iniciou a exploração efetiva de poços economicamente viáveis na Bahia. Vale destacar ainda que esses interesses externos resultaram também em técnicos estrangeiros atestando a impossibilidade de haver recursos petrolíferos no país.

A partir de 1930, o Brasil passou a regular o petróleo de forma mais rígida, dada a sua essencialidade para o mundo como fonte de energia e da indústria de base, havendo primeiro uma nacionalização de todos os recursos minerais, a posterior decretação de abastecimento nacional como utilidade pública, a retirada em 1941 da regulação do petróleo do Código de Minas então vigente¹³⁰, culminando na decretação da exploração petrolífera como monopólio estatal. O Brasil foi além, tendo vigorado por tempo significativo no País a exploração do petróleo por empresa pública sob regime de monopólio.

¹²⁸ “By the end of World War I, in 1918, the dysfunctional character of oil property rights was widely perceived. This is the starting point of a phase of divergence between the United States and almost everywhere else, which continues to this day. Countries that had conferred petroleum rights on surface proprietors under the accession system replaced it, for oil and gas, with state ownership or control; countries that already separated mineral rights, including oil and gas rights, from surface ownership adjuster their regimes to secure more effective management of these resources.” (DAINTITH, Terence. *Finders keepers?: how the law of capture shaped the world oil industry*. Washington, DC: RFF Press, 2010. p. 412).

¹²⁹ SILVA, Isabela Morbach Machado e. *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*. 2017. 184 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 139; BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit, p. 99-101.

¹³⁰ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 123-124.

O Brasil não seguiu tempestivamente a regulação do petróleo tal como nos Estados Unidos, onde a atividade já era desenvolvida de forma ampla desde 1910; a regulação só veio cerca de vinte a trinta anos depois, quando a atividade passou a ser desenvolvida de forma ampla no País. Com a diferença de pouco mais de uma década, o Brasil estatizou os recursos minerais e petrolíferos em 1934¹³¹ e os Estados Unidos, em 1920¹³², introduziram legislação destacando o petróleo do amplo acesso que implicava a legislação anteriormente vigente, submetendo o recurso não ao regime de propriedade privada, mas a acesso por arrendamento. A partir desse momento, iniciaram-se alterações no tratamento de minérios e petróleo, que tiveram roupagens diferentes nos dois países.

Não houve diferença na regulação entre recursos minerais e petrolíferos, pela pequena ou inexistente exploração de petróleo, cujas características e utilidades posteriormente viriam a garantir um tratamento diferenciado pela legislação. Como dito acima, a utilidade do recurso, seu valor para a sociedade e a sua efetiva exploração ditaram a regulação de propriedade.

No Brasil, o que se observou foi principalmente um interesse em ampliar a influência estatal sobre a exploração petrolífera, tal como na alteração do regime de exploração de concessão para a partilha de produção, quando foi constatada a existência das reservas extensas e estratégicas do pré-sal; a partir dessa alteração introduziram-se também critérios de conteúdo local, garantindo a contratação de empresas brasileiras para alguns bens necessários para a exploração e a necessária participação da Petrobras na exploração de toda a área estratégica do pré-sal, o que veio a ser alterado posteriormente.

Nos Estados Unidos, por sua vez, houve grande preocupação em não repetir a desorganização do setor minerário na sua origem, quando o Estado efetivamente aquiesceu com ilegalidades praticadas e abriu mão de rendas que lhe eram devidas pelo uso de terras públicas, pois até a presente data há forte resistência em alterar uma lei tão longeva quanto a da mineração. Assim, na origem da exploração petrolífera já houve a previsão de cobrança de *royalties* e a atuação estatal posterior foi basicamente no sentido de incentivar ou não a exploração, principalmente *offshore*, ao reduzir ou aumentar as cobranças.

¹³¹ Artigo 119 da Constituição Federal de 1934.

¹³² Esta legislação é denominada de *Mineral Leasing Act* de 1920. Vide: MILLER, David W. The historical development of the oil and gas laws of the United States, cit., p. 506 e ss.

Em ambos os países, o caráter estratégico, bélico e energético do petróleo implicou modelos de acesso diferentes, sem abrir mão da propriedade pública, apesar da possibilidade de exploração privada. Não obstante, a diferença é que no Brasil a exploração se deu sob forte presença pública, inicialmente a partir de empresa pública, regulada por agência e com critérios de organização na exploração, enquanto nos Estados Unidos, a exploração continuou se dando a partir da localização de reservas pelo agente privado.

De qualquer forma, e por fim, cabe destacar que o regime geral de exploração minerária nos Estados Unidos ainda é o *General Mining Act*, permitindo a apropriação privada de recursos minerais, o que o difere de praticamente todos os países restantes do mundo. Neste ponto, cabe destacar que o Brasil também possui instituto jurídico ainda vigente que permite a propriedade privada de recursos minerais: trata-se do manifesto de mina¹³³. Embora esse título não seja mais concedido, ele é reconhecido e protegido, pelo fato de ser ato jurídico perfeito consumado durante o ordenamento jurídico em que essa propriedade privada, antes da Constituição de 1934, era permitida.

Cada país adotou, a partir da sua formação histórica, tradição jurídica e acontecimentos históricos, regimes distintos de propriedade sobre os recursos minerais e petrolíferos. Não obstante, existem ponto de convergência, tanto históricos quanto atuais, de como cada país observa a regulação dos seus recursos minerais e petrolíferos, a partir de um critério comum, a essencialidade desses recursos para a sociedade e para a economia.

¹³³ Esse instituto determina que: “As jazidas conhecidas continuariam pertencentes ao proprietário do solo, mantendo-as no domínio privado desde que fossem manifestadas e regularmente registradas [...] [o] manifesto de mina, dessa forma, passou a ser o título representativo da propriedade sobre a mina, garantido pela nova ordem jurídica, em observância ao direito adquirido.” (SERRA, Silvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. *Mineração: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59). No mesmo sentido, William Freire afirma que: “Pelo Manifesto, a mina manteve todos os atributos inerentes à propriedade civil plena. Por isso, os princípios constitucionais que regem o direito de propriedade deverão ser respeitados pela legislação ordinária, civil e minerária [...] A constituição de 1988, seguindo a tradução das Cartas anteriores, manteve a orientação no sentido de que mina regularmente manifestada constitui propriedade particular daquele para quem foi manifestada.” (FREIRE, William. *Natureza jurídica do consentimento para pesquisa mineral, do consentimento para lavra e do manifesto de mina no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Mineira Livros Jurídicos, 2005. p. 141-144). Vide também: CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA Tiago de Mattos. CFEM e manifesto de mina: um estudo de caso. In: AZEVEDO, Marcelo et al. *Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. Cap. 26, p. 617-648.

2 ROYALTIES NA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS

A exploração de recursos minerais e petrolíferos, além dos efeitos colaterais que pode causar na economia e a classificação desses recursos como maldição ou dádiva, tem uma peculiaridade, o fato de que, independentemente de um plano de exploração racional, o esgotamento desses recursos é certo, seja pelo aspecto físico (*e.g.* esgotamento de uma mina ou reserva petrolífera), seja tecnológico (*e.g.* mudança de padrões, matriz energética etc.). Esses recursos são, pela sua essência, esgotáveis e não renováveis¹³⁴, havendo uma limitação intrínseca ao lapso temporal em que a atividade exploratória poderá ser exercida.

Dada a influência¹³⁵ considerável que a exploração de recursos minerais e petrolíferos representa na economia e em questões conjunturais macroeconômicas, além dos potenciais efeitos deletérios de escolhas regulatórias inadequadas e incompatíveis com uma exploração voltada ao desenvolvimento socioeconômico do país, é claro o motivo pelo qual há interesse estatal no controle da exploração e, principalmente, na arrecadação de receitas públicas minerais oriundas dessa exploração.

Ante a finitude e essencialidade desses recursos minerais, os Estados enfrentam uma escolha trágica sobre o seu entesouramento ou a sua exploração. Essa escolha é nitidamente política, vez que a evolução tecnológica geométrica poderá implicar o desuso no futuro próximo, ou ao menos uma migração paulatina para outro padrão de matriz energética (*i.e.*, caso do petróleo). A não exploração desses recursos pode significar uma perda de oportunidade de transformar aquele bem finito em receita elástica e renovável. Isto é, “se entesourar demais, pode ser que os recursos venham a perder importância e valor na economia mundial [...] se explorar demais, pode ocorrer o esgotamento físico das

¹³⁴ Segundo Flávio Rubinstein, recursos não renováveis são aqueles “disponíveis em quantidade limitada, com inerente tendência à exaustão e geralmente com reservas de tamanho apenas estimado (com potencial exato desconhecido)” e, no que tange à sua finitude “uma realidade inafastável, na medida em que invariavelmente, quanto maior a exploração de determinada reserva de recurso exaurível no presente, menor será a potencial exaustão desta mesma reserva no futuro” (RUBINSTEIN, Flávio. *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*. 2012. 317 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. p. 16 e 18-19).

¹³⁵ Conforme destacado por um dos conselheiros do CADE em julgamento sobre o setor petrolífero, “gasolina não é pipoca”; de forma mais enfática, afirmou um advogado em caso sobre o setor que “esse caso vai mexer com o preço das resinas plásticas. Você sabe onde tem plástico? Em praticamente tudo” (MENDONÇA, Elvino de Carvalho; SOUZA, Luciano Inácio de; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Orgs.). *A interface entre regulação e concorrência na cadeia produtiva do petróleo: análises de julgados do Cade*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2017. p. 5).

reservas antes do momento mais adequado para sua venda”¹³⁶. Sobre essa escolha difícil e imprevisível, Fernando Facury Scaff destaca que o entesouramento pode não ser a melhor opção, principalmente se houver risco de mudança de matriz, fazendo alusão à seguinte fábula de Rögnvaldur Haneson de um

[...] pobre fazendeiro irlandês que encontrou turfa em sua propriedade, material de origem vegetal muito usado como combustível. Planejou sua exploração de forma racional para que seus descendentes pudessem usufruir dessa riqueza, que então possuía grande valor de mercado. Ocorre que, passados os anos, essa fonte de calor deixou de ser usada e as gerações que o sucederam deixaram de usufruir do valor daquele bem e amaldiçoaram as gerações anteriores por não a terem explorado corretamente. Não se tratou de um erro de planejamento, mas de um problema de mercado, fruto de inovações tecnológicas.¹³⁷

A exata medida entre exploração e entesouramento não é simples, embora a forma como os Estados desenham sua participação financeira nessa atividade (ou até na exploração ou controle dessa atividade) possui papel central na tentativa de mitigar eventuais efeitos deletérios, sendo que o potencial dessa atividade em trazer benefícios efetivos decorre da forma como ela será feita e se os países que possuem recursos minerais e petrolíferos enfrentarão “com sucesso os desafios de finanças públicas e direito financeiro associados à abundância daqueles recursos”.¹³⁸

Há, portanto, relação nítida entre a exploração atual desses recursos e os efeitos causados às futuras gerações, seja pelo esgotamento do recurso ou pelos impactos ambientais dessa atividade. Conforme destacado por Edith Brown Weiss, ao afirmar que “a qualquer tempo cada geração é concomitantemente depositária e gestora do planeta para as futuras gerações”, são três os problemas intergeracionais principais: a exaustão física dos recursos; a degradação da qualidade deles (e conseqüentemente da vida); e o acesso discriminatório ao uso e aos benefícios desses recursos pela geração atual.¹³⁹

A questão intergeracional em si será abordada quando da análise do uso dessas receitas, mas por ora cabe analisar que, feita a escolha politicamente válida da exploração, surge o debate sobre quais receitas públicas surgirão a partir dessa exploração. Isto é, o que o Estado receberá ao permitir a exploração de um bem que é seu. Será que tanto o Brasil

¹³⁶ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 68-69.

¹³⁷ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 42.

¹³⁸ RUBINSTEIN, Flávio, *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*, cit., p. 8.

¹³⁹ WEISS, Edith Brown. *In fairness to future generations: international law, common patrimony, and intergenerational equity*. Tokyo: The United Nations University, 1989. p. 6 – nossa tradução).

quanto os Estados Unidos preveem receitas financeiras públicas (*royalties*) provenientes da exploração de seus recursos naturais? Nesse sentido, analisar-se-á o ordenamento jurídico de ambos os países no que tange aos *royalties públicos*, ou seja, o que é pago ao Estado pela exploração de seus recursos.

Neste ponto, cabe antes fazer algumas ressalvas a título de recorte metodológico. Não se pretende efetuar uma avaliação da totalidade da participação governamental e se é deficiente ou não, mas especificamente o que os países objeto de análise cobram a título de *royalties*.

Naturalmente, não focar o universo arrecadatário pode passar a ideia de que o trabalho estaria incompleto, vez que não se enxerga de forma ampla o sistema fiscal em que se insere o setor minerário-petrolífero. Apesar dessa preocupação, discorda-se desse possível posicionamento, pois apesar de o recurso financeiro a ser desembolsado ser fungível (valores monetários), não pode haver confusão entre imposto de renda de pessoa jurídica e um valor pago especificamente pela exploração de um recurso natural como contraprestação inerente à atividade.¹⁴⁰

A ideia não é, portanto, focar a política tributária, mas como o Estado instituiu suas receitas oriundas e atinentes à exploração de seus recursos naturais; em outras palavras, o que justifica a cobrança de *royalties* e como classificar essas receitas específicas? O foco não é o custo privado da exploração, mas sim a visão das receitas públicas oriundas da exploração do recurso natural em si como patrimônio¹⁴¹, e esse recurso como fonte de receita ao Estado para o financiamento das suas obrigações.

¹⁴⁰ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 332-333.

¹⁴¹ Entende-se, de qualquer forma, que a questão do custo é importante para o agente privado quando da exploração e que isso pode afetar sensivelmente esse setor econômico. Fernando Facury Scaff, sobre o tema, afirma que “decorre dessa percepção ser entendido o *royalty* pela ótica de quem paga como mais um item que compõe o custo fiscal das empresas, embora, para quem recebe, seja uma receita pública patrimonial. Assim, essa receita pública deve ser analisada sob a ótica privada, ao lado da carga fiscal de cada país, considerada globalmente. Embora sejam coisas distintas, a tributação incidente sobre a importação de máquinas e equipamentos para a atividade de petróleo ou de extração mineral, também compõem o custo fiscal das empresas e devem ser consideradas na análise” (SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 164). No mesmo sentido, Adriano Drummond Caçado Trindade: “Estados não podem conceber o *royalty* sem considerar todos os outros elementos do sistema tributário. As regras do *royalty* devem conviver harmonicamente naquele sistema, tanto do ponto de vista econômico como jurídico, sem que sejam criadas distorções ou incongruências.” (TRINDADE, Adriano Drummond Caçado. *Royalties na mineração no direito comparado*. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. *A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais*: CFEM. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 74).

Em ambos os países, as receitas arrecadadas a título da exploração patrimonial de recursos naturais constituem uma das maiores (se não a maior) fontes de receita não tributária, isso sem adentrar no mérito da importância dessas receitas para os entes subnacionais. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Office of Natural Resources Revenue destaca em seu sítio eletrônico que as receitas arrecadadas constituem “uma das maiores fontes não tributárias de receita” e o United States Government Accountability Office afirma¹⁴² que “isso faz com que os recursos minerais e petrolíferos sejam as principais fontes de receita não tributária do governo federal”, responsável pelo montante de R\$ 49 bilhões, no período de 2011-2015¹⁴³. Em relação ao Brasil, por sua vez, Fernando Facury Scaff¹⁴⁴ destaca que, apenas no ano de 2012, as receitas patrimoniais decorrentes dessa atividade perfizeram o montante de R\$ 35 bilhões apenas a título de compensações financeiras. Em 2017, por exemplo, o Brasil arrecadou quase R\$ 1.837.048.217,16 a título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM) e R\$ 15.405.261.591,12 a título de *royalties* petrolíferos.¹⁴⁵

Apesar de proporcionalmente essa receita ser menor do que a arrecadada por meio de tributos, ela é relevante, por ser uma receita extraordinária¹⁴⁶, embora a custo da exploração de patrimônio público esgotável.

¹⁴² No original: “*this makes oil and gas resources one of the federal government’s largest sources of nontax revenue*” (United States Government Accountability Office. *High risk series*. 2017. Disponível em: <<http://www.gao.gov/assets/690/682765.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017). Esses relatórios bienais são elaborados para identificar problemas em projetos governamentais que precisam ser solucionados.

¹⁴³ Esse valor abrange todas as receitas oriundas da exploração de petróleo e gás. Em 2017, os Estados Unidos receberam, na exploração de petróleo e gás, o valor de US\$ 956.819.935,00 a título de *royalties* (Disponível em: <<https://revenue.data.doi.gov/explore/#federal-revenue>>. Acesso em: 02 abr. 2018).

¹⁴⁴ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 80.

¹⁴⁵ Informações sobre *royalties* disponíveis em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/royalties-e-outras-participacoes/royalties>>. Acesso em: 02 abr. 2018; informações sobre CFEM disponíveis em: <https://sistemas.dnpm.gov.br/arrecadacao/extra/Relatorios/arrecadacao_cfem.aspx>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹⁴⁶ Sobre a questão da periodicidade da geração de receitas como método de classificação, Fernando Facury Scaff entende que a classificação apresenta problemas quando se está tratando dos *royalties* de recursos naturais não renováveis, que são finitos por natureza, e aborda a classificação sob a ótica da previsão de esgotabilidade da reserva. Por exemplo, poder-se-ia atrelar a questão ao Plano Plurianual, que trata de período de quatro anos, sendo que se a esgotabilidade exceder esse período (o mais longo no planejamento orçamentário brasileiro), a receita seria *ordinária*. Se não houver exploração e o Estado optar pelo entesouramento, as receitas seriam ainda ordinárias, havendo apenas decisão política conjuntural de não exploração. Apesar do posicionamento, o autor defende a criação de normas “específicas para regular a exploração de Recursos Naturais Não Renováveis pelas várias características [...] sendo a principal delas a certeza de sua finitude ou exaurimento” (SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 76).

Posta a relevância da receita, independentemente de sua proporcionalidade ante outras fontes, surge a necessidade de delinear os contornos da justificativa da cobrança de receitas públicas sobre recursos minerais e petrolíferos, pois há consenso que “o *royalty* dará à sociedade um ‘retorno’ sobre seus recursos minerais, mas há posicionamentos distintos sobre o motivo pelo qual esse retorno é necessário”.¹⁴⁷

2.1 Justificativa e finalidade dos *royalties*

Considerando as especificidades que acompanham a atividade petrolífera e minerária, identificaram-se algumas justificativas utilizadas nos casos brasileiro e norte-americano para impor a cobrança de rendas minerais a partir dessa exploração: (1) histórica; (2) ambiental; (3) indenização; (4) demográfica; (5) econômica-custo de oportunidade¹⁴⁸. Adotou-se essa classificação a partir de um conjunto de trabalhos brasileiros e norte-americanos que cobrem, se não todos, ao menos uma parte significativa das justificativas apresentadas para a cobrança de rendas minerais e petrolíferas, que serão expostas, ainda que de forma breve.

2.1.1 Histórica

Embora não trate da origem da cobrança dos *royalties* no Brasil, a inclusão deste item no texto da carta magna levanta debate interessante sobre *trade-offs* de políticas atinentes à exploração de recursos minerais e petrolíferos. Não se trata de justificava *per se* sobre a existência dessa cobrança, mas sim de razões que possam ter motivado a constitucionalização dos *royalties*, considerando que a cobrança de *royalties* existe no

¹⁴⁷ No original: “People agree that a royalty will give the public a ‘return’ on its minerals but have different ideas on why the return is necessary” (SCHANTZ JR., Radford. Purpose and effects of a royalty on public land minerals. *Resources Policy*, v. 20, No. 1, p. 36, Mar. 1994 – nossa tradução).

¹⁴⁸ Adotou-se o posicionamento mesclado de justificativas a partir dos seguintes trabalhos: SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 202; HEIN, Jayni Foley; CECOT, Caroline. Mineral royalties: historical uses and justifications. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, v. 28, No. 1, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2918357>. Acesso em: 12 out. 2017; SCHANTZ JR., Radford, Purpose and effects of a royalty on public land minerals, cit.; e SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit. Esse posicionamento misto serve para abarcar, se não todas, ao menos uma boa parte das justificativas para a cobrança de rendas minerais e petrolíferas que ambos os países utilizaram.

ordenamento jurídico brasileiro, no sentido da sua atual roupagem, desde 1953, a partir do artigo 27 da Lei n. 2.004.¹⁴⁹

No caso, e a partir de levantamento dos anais da Assembleia Constituinte, constata-se que a existência de *royalties* e sua partilha com entes subnacionais decorreram da ideia de uma compensação, não apenas pelo uso de recursos minerais, mas também pela perda de receitas *tributárias*. Nelson Jobim, participante da Assembleia Constituinte, levantou essa questão quando exercia o cargo de ministro do STF¹⁵⁰, ao afirmar que a inclusão do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição Federal, fundamento constitucional para a cobrança de *royalties* no Brasil, justificou-se também por uma questão de política tributária da cobrança de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), o qual, no que tange a energia elétrica e petróleo, passou a ser cobrado no Estado de destino, e não no de origem.

Assim e a partir de acordo político, impôs-se cobrança de receita sobre esses mesmos bens, que seria destinada aos entes subnacionais afetados pela perda de receita:

No voto proferido pelo Ministro Jobim, em caráter de *obiter dictum*, foi dito que o § 1º do art. 20 da Constituição criou uma compensação financeira pela exploração de minério, petróleo e potenciais de energia hidráulica, a qual teria surgido como compensação pela cobrança de ICMS no destino, quando da comercialização desses dois últimos itens. A regra geral da tributação de ICMS é de mais incidência na origem, excetuado o petróleo e energia elétrica, cuja tributação é no destino. Por esse motivo, criou-se uma *compensação financeira* – teria havido na Constituinte a criação de um sistema *político-financeiro compensatório* entre uma e outra exação. Nas palavras do Min. Jobim: ‘Houve uma grande discussão na Constituinte sobre se o ICMS tinha de ser na origem ou no destino. A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os estados do Sul continuavam gratuitamente tributando as poupanças consumidas nos Estados do Norte e Nordeste. Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica – recursos hídricos – e petróleo. Ocorreu o seguinte: os estados onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabariam recebendo ICMS incidente sobre petróleo e energia elétrica. [...] Então qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí por que preciso ler o parágrafo 1.º do art. 20 em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição Federal. O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros estados – petróleo [...] e energia elétrica – ou seja,

¹⁴⁹ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 134.

¹⁵⁰ No julgamento do MS n. 24.312/DF e do RE n. 198.088/SP. Nesse último, afirmou o ministro Nelson Jobim, referido em diversos outros julgados sobre o tema, o que segue: “Como a União não poderia mais compensar a existência daquela produção nos seus Estados, criou-se um ‘royalty’, mencionado no art. 20, § 1º da Constituição Federal de 88, ou seja, aquela compensação que se dava pela participação dos Estados produtores, no imposto único, transformou-se em ‘royalty’. Por quê? Porque a maioria dos Estados-federados brasileiros não poderiam pagar ICMS, ou seja, destinar ICMS a três Estados produtores.”

tirou-se da origem a incidência do ICMS. Vejam bem, toda a produção de petróleo realizada no Estado do Rio de Janeiro, ou toda a produção de energia elétrica, no Paraná e no Pará, eram decorrentes de investimentos da União, porque o monopólio era da União. Toda a arrecadação do país contribuiu para aquela produção. Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Então, Min. Ellen, estou tentando recompor a questão histórica, com isso, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convênio, ao Estado; é uma receita originária dos Estados face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS. Essa é a origem do problema.¹⁵¹

Esta constatação é apenas útil para se conhecer como se deram os acordos políticos quando da discussão da atual Constituição, não servindo para justificar em sua totalidade a existência da cobrança, nem para reconhecer “que os Estados produtores/confrontantes devem necessariamente ser privilegiados em grande escala na partilha” e nem para “autorizar conclusões no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que reduzam a parcela dos Estados produtores ou confrontantes neste rateio”.¹⁵²

Embora tratando inicialmente da distribuição de *royalties* entre entes federados e, tangencialmente, da instituição dos *royalties* em si – pelo fato de que se tratou primeiro de uma compensação pelo aumento paulatino de controle federal sobre terras públicas e uso delas e depois da instituição dos *royalties* em si, pela declaração de propriedade pública sobre alguns recursos minerais – observou também um acordo político, com traços similares ao ocorrido nos Estados Unidos, conforme destacado por Peter Mieskowski e Ronald Soligo¹⁵³, e explanado abaixo, com ênfase de que são *traços similares*, e não idênticos.

A evolução americana da partilha de *royalties* foi construída paulatinamente, a partir da gestão de terras públicas, havendo concentração primordial nos Estados da Região Oeste do país, com foco naqueles em que ocorre efetivamente a exploração minerária e petrolífera. Sally Fairfax, ao tratar da evolução da partilha de receitas nos Estados Unidos,

¹⁵¹ SCAFF, Fernando Facury. *A mens legislatoris* constituinte no STF: entre royalties e ICMS. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Orgs.). *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 107-108. Para maiores detalhes, vide, do mesmo autor: SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 131 e ss.

¹⁵² SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 204.

¹⁵³ Sobre toda essa questão, vide: MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 322-323.

afirma que ela teria decorrido de acordo político entre os Estados *velhos* (13 colônias originais) e os *novos*, admitidos a partir da aquisição ou ocupação de novas terras no Oeste do continente.

O *Mineral Leasing Act* de 1920 aplica-se a terras federais para regular a exploração de recursos minerais presente nesse território. Considerando que a maior parte das terras federais se localiza no Oeste dos Estados Unidos, logo a maior geração de *royalties* surge nesse território. Em que pese a atribuição de propriedade dos recursos naturais ao país como um todo, a distribuição de *royalties* é concentrada principalmente nessa região do Oeste.

A legislação vigente na época da confederação determinava que o território a oeste das 13 colônias seria utilizado em benefício de toda a população, e não só dos Estados fronteiriços com essa região, os quais queriam declarar esse território como seu (*claim*). Além disso, os novos Estados que seriam admitidos, o seriam na condição de igualdade¹⁵⁴ com os *velhos*, os quais abriram mão desses referidos direitos, ao ser garantida a soberania sobre o seu território.¹⁵⁵

A criação e admissão de novos Estados geraram conflitos entre *novos* e *velhos* Estados, vez que a União usou a transferência/cessão de terras públicas para fins de promoção de desenvolvimento desses Estados *novos* (i.e. instituição de escolas¹⁵⁶ e ferrovias). Os Estados *velhos* afirmaram que essa política de transferência de terras era discriminatória e violava a condição de igualdade entre entes federados, enquanto os

¹⁵⁴ “Despite these limitations upon the sovereignty of the new states, and the greater one which barred slavery, Congress stated in that same ordinance that the new states should be admitted into the Union ‘on an equal footing with the original States, in all respects whatever [...]’” (GATES, Paul W. An overview of American land policy. *Agricultural History*, v. 50, No. 1, p. 214, jan. 1976).

¹⁵⁵ “Virginia had ceded her western land claims in order to secure Maryland’s accession to the Articles of Confederation. But Virginia had imposed two restrictions. First, the lands were to be ‘considered as a common fund for the use and benefit of such of the United States as have become, or shall become members of the confederation or federal alliance of the said States, Virginia included, according to their usual respective proportions in the general charge and expenditure, and shall be [...] disposed of for that purpose, and for no other purpose whatsoever [...]’. Second, the ceded territory should be divided into states and admitted into the Union with ‘the same rights of sovereignty, freedom and independence as the other States [...]’.” (GATES, Paul W., An overview of American land policy, cit., p. 214).

¹⁵⁶ WOODGERD, David; MCCARTHY, Bernard F. State school trust lands and oil and gas royalty rates. *Public Land and Resources Law Review*, v. 3, p. 119-132, 1982. Disponível em: <<https://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=plrlr>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Estados *novos* afirmavam que o desenvolvimento socioeconômico da região, “inabitada”¹⁵⁷ seria em benefício de todos. Assim, foi estabelecido um acordo entre Estados *novos* e *velhos*, sendo repassada aos *novos* uma porcentagem sobre a venda de terras públicas ao setor privado.

Após a Guerra Civil, surgiram novos blocos de Estados na disputa por terras federais (Leste e Centro-oeste), os quais se insurgiram contra o excesso de transferência de terras públicas ao setor privado. Esses novos blocos defendiam a conservação de terras federais a partir da sua republicização, para fins de instituição de parques e florestas nacionais¹⁵⁸. Naturalmente, os Estados do Oeste, cuja política era dependente dessas terras públicas, se opuseram.

Para compensar essa publicização, houve cessões de ambos os lados (Leste e Oeste), na qual aqueles concordariam em permitir uma maior distribuição de *royalties* ao local onde a exploração de recursos naturais não renováveis ocorre (beneficiando os Estados do Oeste), os compensando pelo aumento do controle federal no uso de terras desse território¹⁵⁹. Ou seja, como forma de compensar a crescente “perda” de terras

¹⁵⁷ “From the nation’s creation, Congress has sought to bring about settlement of western public lands. Early preemption statutes validate the claims of those who had trespassed on public lands, because they had also worked the land to turn it from frontier to civilization. Cash sales of public lands helped supply federal revenue before the Civil War. By the time of the Civil War, land sales were largely replaced by the Homestead Act of 1862, which authorized citizens free entry onto 160 acres of land.” (LAITOS, Jan G.; TOMAIN, Joseph P., *Energy and natural resources law in a nutshell*, cit., p. 82-83).

¹⁵⁸ “By the end of the nineteenth century, some far-sighted individuals and lawmakers had begun to question one premise driving the disposition era – that the United States had an inexhaustible supply of land and resources to give away. Others began to recognize the ugly effects of disposal – fraud, greed, and exploitation of the land. Concerns about resource exhaustion and environmental damage led to a decision to halt many of the free grants. The legal mechanisms used for accomplishing this goal were withdrawals and reservations, by both Congress and the President.” (LAITOS, Jan G.; TOMAIN, Joseph P., *Energy and natural resources law in a nutshell*, cit., p. 83).

¹⁵⁹ O termo acordo não é utilizado de forma técnica, pois não foi possível localizar documentos oficiais que tratam dessa negociação política. A afirmação de que houve esse tipo de negociação se funda na doutrina citada neste item, por exemplo: “The Mineral Leasing Act of 1920, which expanded revenue sharing, authorized the department to lease various minerals, including oil, gas, and coal on federal lands. The public-land states demanded 90 percent of the royalties collected in exchange for continued federal control. The legislation gave the state of origin 37.5 percent directly, while 52.5 percent was allocated to the reclamation fund [...]”; destaca-se ainda que em 1976 foram promulgadas leis sobre áreas florestais que “they all augmented federal authority, limited state options, and increased revenue sharing. The share of counties in forest-land revenue increased from 25 percent of net revenues to 25 percent of gross revenue [...]. It is clear that these increases in revenue sharing, which accompanied the codification of federal power, were not motivated by consideration of fiscal capacity equalization, but were compensation for the continuation of federal authority, as well as in mitigation of environmental and social costs of resource extraction” (MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 323-324).

estaduais para a esfera federal, a legislação¹⁶⁰ determinou que a distribuição de *royalties* se daria principalmente para os Estados prejudicados, inclusive com a sua inclusão no *Reclamation Fund*, vez que esse fundo financia projetos de energia e recursos hídricos na Região Oeste.

2.1.2 Ambiental

Outra justificativa frequentemente utilizada para fins de cobrança *royalties*, e também para direcionar a distribuição dessa receita, é o componente ambiental e a necessidade de “compensar” (não no sentido técnico) o ente, onde ocorreu a exploração minerária e petrolífera, pelos impactos ambientais. Aqui há dois componentes, o primeiro é justificar a cobrança pelos impactos e a segunda justificar a distribuição para compensar impactos, sendo que ambos estão presentes nos debates americano e brasileiro sobre *royalties*.

A título de exemplo, no Brasil, Paulo de Bessa afirma que a compensação financeira pela extração de recursos minerais (CFEM) deveria ser ajustada para que os *royalties* possam “fazer algum sentido como instrumento importante para a proteção do meio ambiente e não como mais um agente de arrecadação para sustentar as demandas sempre crescentes das estruturas administrativas”¹⁶¹, enquanto Robert Schantz Jr., tratando

¹⁶⁰ “With reluctance westerners had had to accept National Parks and National Forests and controlled Grazing Districts on the public range and administration by a bureaucracy centered in Washington, but they had the political clout to provide in legislation that the income of these agencies from the sale of products and services should be spent in the West. An Act of 1905 appropriated the revenues from the National Forests for ‘the protection, administration, improvement and extension’ of the Forest Reserves but two years later it was provided that 10 percent of such revenues, later increased to 25 percent, should be returned to the states or territories in which they were collected for the support of schools and roads. Step by step other provisions for returning to the states portions of the revenue from the public lands were adopted: 37.5 percent of the income from sales and royalties for coal, oil, and gas taken from the public lands was allocated to the states of origin and 52.5 percent of these revenues to the Reclamation Fund. Approximately the same distribution was made of the income from the enormously rich lands once granted to the Oregon and California Railroad but revested in the United States.” (GATES, Paul W., An overview of American land policy, cit., p. 227).

¹⁶¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Para que serve a CFEM? *Valor Econômico*, Legislação, São Paulo, de 01 dez. 2015. Vide também: LEITE, Camila Morais; MARCUCI, Roberta Borella. A CFEM como indenização ambiental. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (Coord.). *CFEM: compensação financeira pela exploração de recursos minerais: natureza jurídica e questões correlatas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 103-124. Na página 114 afirmam que essa incidência “se enquadra na hipótese de compensação financeira paga por aqueles que exercem atividades mineradoras em razão dos danos causados ao meio ambiente pela prática de tal atividade”.

de *royalties* de forma genérica, afirma que uma das justificativas que surgem para a cobrança de *royalties* “é que isso é uma compensação pelos impactos ambientais”.¹⁶²

Essa linha de raciocínio é muito presente quando da discussão da repartição de receitas minerais petrolíferas, com a alocação de verbas para os municípios onde ocorre a sua exploração e aqueles que são afetados pela atividade, havendo uma privilegiação das áreas afetadas na partilha de receitas, o que denota, de certa forma, uma relação entre impactos da atividade e receitas. Embora sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, porém replicável ao caso americano, o ministro Sepúlveda Pertence, nos autos do RE n. 228.800/DF, apresenta raciocínio neste sentido:

A que espécie de perda, porém, se refere implicitamente a Constituição? Não, certamente, à perda dos recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensá-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados o que inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à “perda” dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhes pertencem, mas exclusivamente à União. A compensação financeira, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera. Com efeito, a exploração de recursos minerais [...] é atividade potencialmente geradora de um sem-número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas [...] Problemas ambientais – como a remoção de cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento de paisagem e que tais –, sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos.

Em ambos os países, de qualquer forma, não se vislumbra uma utilização *a priori* dos *royalties* em impactos ambientais. Não há componente de oneração ou desoneração com foco nos impactos ou danos causados ao meio ambiente, mas sim a receita auferida com a atividade ou a quantidade do recurso mineral extraído. Ambos os países apresentam instrumentos de taxação (*lato sensu*) que possuem maior correlação com finalidades ambientais, de forma mais nítida no Brasil, e em menor grau nos Estados Unidos.

No Brasil, por exemplo, existem cobranças destinadas especificamente aos impactos ambientais de atividades econômicas, tal como a da Lei n. 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). Essa lei impõe, em seu artigo 36, o pagamento de uma compensação, cujo valor é estipulado com base nos custos totais

¹⁶² No original: “*it compensates for environmental impacts*” (SCHANTZ JR., Radford, Purpose and effects of a royalty on public land minerals, cit., p. 36 – nossa tradução).

de implantação do empreendimento e é voltada a apoiar medidas de conservação ambiental.¹⁶³

Igualmente, e como destacado por Alexandre da Silveira¹⁶⁴, existem diversas outras taxas *ambientais* e obrigações incidentes sobre as atividades que visam à exploração de atividade econômica, tais como a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental, a Taxa de Fiscalização de Recursos Minerais (cuja constitucionalidade está sendo discutida), além da necessidade de apresentar planos de recuperação de áreas degradadas e de fechamento de minas¹⁶⁵. Além dessas questões, há diversos outros tributos cuja função extrafiscal¹⁶⁶ tem caráter nitidamente ambiental, tal como a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre combustíveis de petróleo, gás natural e álcool, cujas receitas seriam usadas para subsidiar transporte por álcool e financiamento de projetos ambientais.¹⁶⁷

Embora no Brasil haja diversos instrumentos de cunho de proteção ambiental, voltados para o financiamento da preservação do meio ambiente, nos Estados Unidos a situação é distinta, sendo afirmado que “taxas ambientais nos Estados Unidos são como virtude: muito discutida, mas pouco praticada”¹⁶⁸. Percebe-se que naquele país pouco se

¹⁶³ Esse dispositivo, submetido a ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 3.378/DF), foi tido como a concretização dos princípios do poluidor-pagador, precaução e prevenção, “uma vez que impõe o pagamento – antes da implantação do empreendimento, ainda em fase de licença – mas já com a certeza de que existirá o dano ambiental” (SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. O financiamento das unidades de conservação: a compensação financeira do SNUC como instrumento de proteção ao meio ambiente. In: SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Jorge Alex (Coords.). *Direito tributário e econômico aplicado ao meio ambiente e à mineração*. São Paulo: Quartier Latin: 2009. p. 360). No julgamento, foi declarada a inconstitucionalidade da cobrança com base em porcentagem do empreendimento, devendo ser cobrado valor “fixado proporcionalmente ao impacto ambiental”. Sobre o tema, vide também: DOMINGUES, José Marcos; CARNEIRO, Júlia Silva Araújo. A compensação ambiental prevista pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC): a ADI nº 3.378 e o Decreto nº 6.848/09. *Revista Direito GV* [online], v. 6, n. 2, p. 493-502, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a07v6n2.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁶⁴ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 204 e ss.

¹⁶⁵ LIMA, Hernani Mota de; FLORES, José Cruz do Carmo; COSTA, Flávio Luiz. Plano de recuperação de áreas degradadas versus plano de fechamento de mina: um estudo comparativo. *REM: Revista Escola de Minas*, Ouro Preto, MG, v. 59, n. 4, p. 397-402, out./dez. 2006; ANGRISANI, Vera. Plano de recuperação das áreas degradadas (PRAD) pela atividade minerária. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo (Orgs.). *Direito minerário e direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 431-460.

¹⁶⁶ SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre la extrafiscalidad ambiental en Brasil. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFDFE, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 13-27, mar./ago. 2013.

¹⁶⁷ Artigo 1º da Lei n. 10.336/2001.

¹⁶⁸ Tradução de célebre frase de Gilbert E. Metcalf, autor que trata predominantemente de taxas ambientais, principalmente taxas de carbono, contida na obra: METCALF, Gilbert E. *Environmental taxation: what have we learned in this decade?* In: VIARD, Alan D. (Ed.) *Tax policy lessons from the 2000s*. Washington DC: The AEI Press, 2009. p. 7.

discute e pouco protagonismo têm as referidas taxas ambientais; além do problema de como as receitas são utilizadas, há a questão da sua definição, a qual “tem problemas óbvios: por exemplo, parecer que uma taxa de carbono deveria ser considerada como tributo ambiental, ainda que as receitas fossem usadas para fins não ambientais”¹⁶⁹. Não se pretende esgotar essa análise e apresentar todas as especificidades e posicionamentos, mas apenas alguns dos instrumentos financeiros usados.

Não há qualquer exação financeira efetivamente direcionada para a preservação do meio ambiente nos moldes brasileiros, embora exista semelhança na criação de florestas nacionais e tributação incidente sobre gasolina com fito de onerar ou desestimular veículos automotores que não sejam eficientes do ponto de vista ambiental. Essa tributação atualmente corresponde a 94% de todas as receitas tributárias ambientais dos Estados Unidos.¹⁷⁰

Outros instrumentos importantes¹⁷¹, instituídos para arrecadar recursos para remediar problemas ambientais, são o *Oil Spill Liability Trust Fund* e o *Black Lung Disability Fund*. No primeiro caso, previsto na seção 9509 do *Internal Revenue Code*, a fonte da receita é uma taxa de cinco centavos por barril de petróleo, doméstico ou importado, embora essa arrecadação tenha sido suspensa em 31.12.1994, conforme informa o sítio eletrônico da Environmental Protection Agency. Há ainda a cobrança de tributos para o *Hazardous Substance Superfund*, que recebeu 9,7 centavos por barril em 1992, aplicado em limpeza de rejeitos tóxicos. O segundo caso, previsto na seção 9501 do *Internal Revenue Code*, estabelecido pelo *Black Lung Benefits Revenue Act*, visou a transferir a responsabilidade pelo pagamento de benefícios do governo para a indústria, sendo cobrado um tributo sobre cada tonelada de carvão usada ou vendida domesticamente.¹⁷²

¹⁶⁹ No original: “*but such a definition has obvious problems: for example, a carbon tax certainly seems as if it should be considered an environmental tax, even if the revenues are used for a non-environmental purpose*” (WILLIAMS III, Robertson. A response to Gilbert E. Metcalf. In: VIARD, Alan D. (Ed.) *Tax policy lessons from the 2000s*. Washington DC: The AEI Press, 2009. p. 36 – nossa tradução).

¹⁷⁰ METCALF, Gilbert E. Environmental taxation: what have we learned in this decade? in *Tax policy lessons from the 2000s*, cit.; WILLIAMS III, Robertson. Environmental taxation. In: AUERBACH, Alan J.; SMETTERS, Kent. *The economics of tax policy*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 54.

¹⁷¹ Para maiores detalhes e outros exemplos, vide: FULLERTON, Don. Why have separate environmental taxes? *Tax Policy and the Economy*, Chicago, IL, University of Chicago Press, v. 10, p. 33-70, 1996.

¹⁷² Disponível em: <<https://www.dol.gov/owcp/dcmwc/regs/compliance/blbenact.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Cumpra citar ainda que mais recentemente, em janeiro de 2017, o Departamento do Interior, em seu *Scoping Report*, se comprometeu a aumentar a alíquota de *royalties* para a indústria de carvão, com o objetivo de endereçar especificamente as externalidades dessa atividade econômica.¹⁷³

De forma geral, os Estados Unidos impõem tributos sobre atividades com o fito de deslocar o ônus de eventual reparação ambiental ao setor tido como responsável. Os recursos arrecadados são direcionados a um fundo:

Os Estados Unidos impõem tributos “ambientais” sobre produtos químicos, petróleo e outros insumos de produção. Esses tributos podem ser arrecadados das indústrias responsáveis por áreas contaminadas e financiam vários *trust funds* para a remediação dessas áreas, mas eles não desincentivam o comportamento que resultou na contaminação ou vazamentos. Para ser mais incisivo, esses tributos se aplicam a bens úteis na produção, ao invés de “males” como poluição.¹⁷⁴

De todo modo, há autores que utilizaram a justificativa ambiental para fundamentar a cobrança de *royalties*, vez que uma proposta inicial para impor a cobrança de *royalties* aos *hardrock minerals* estava atrelada ao uso dessa receita para financiar a recuperação de áreas de exploração abandonadas: “Propostas anteriores previam o uso de parte das receitas de *royalties* na recuperação de minas abandonadas, destacando o aspecto ambiental do *royalty*”. De qualquer forma, separou-se a questão ambiental dessa cobrança. Não obstante, “apesar da necessidade de políticas separadas para endereçar objetivos ambientais, é razoável esperar que pessoas continuem a associar esses objetivos ao *royalty*”.¹⁷⁵

Existem outros exemplos, mas o que se pretende demonstrar é que o argumento ambiental não é justificativa para a imposição de *royalties* em ambos os países e, embora seja possível constatar semelhança na base de cálculo, o motivo pelo qual há a cobrança é

¹⁷³ HEIN, Jayni Foley; CECOT, Caroline, Mineral royalties: historical uses and justifications, cit., p. 3.

¹⁷⁴ No original: “The U.S. imposes ‘environmental’ taxes on chemicals, petroleum, and other inputs to production. These taxes may collect from the industries responsible for contaminated sites, and they finance various trust funds for the cleanup of those sites, but they do not discourage behavior that leads to contamination or spills. To put the point more strongly, these taxes apply to goods useful in production rather than to ‘bads’ such as pollution.” (FULLERTON, Don, Why have separate environmental taxes?, cit., p. 35 – nossa tradução).

¹⁷⁵ No original: “Earlier proposals had provided for a share of the royalty revenues to be spent on reclaiming abandoned mines, underscoring the environmental aspect of the royalty” [...] “despite the case for separate policies to address environmental objectives, we can expect many people to continue to associate those objectives with the royalty” (SCHANTZ JR., Radford, Purpose and effects of a royalty on public land minerals, cit., p. 36 – nossa tradução).

distinto. De todo modo, a exploração *offshore* de petróleo implica cobrança de *royalties* e parcela dessa receita é direcionada para fins ambientais.

2.1.3 Demográfica-indenizatória

De forma semelhante à justificativa ambiental, alguns autores também utilizam os impactos oriundos da exploração de recursos minerais e petrolíferos (e instalação desses empreendimentos). Isto é, os valores cobrados serviriam para compensar ou indenizar (usando ambos os termos como sinônimos) o Estado (*lato sensu*) pelas consequências e efeitos colaterais da atividade, principalmente os entes onde ocorre a exploração. Conforme cancelado pelo STF no julgamento do RE n. 228.800/DF, essa incidência se justificaria para compensar as demandas locais, que seriam consequência da atividade.

Nessa linha de raciocínio, a cobrança de *royalties* serviria para indenizar o Estado pelos impactos da atividade, não só os ambientais, mas também aqueles de cunho social e prestacional que surgem a partir do crescimento da população local (i.e., crescimento de demandas por educação, saúde etc.). No caso, o próprio STF destacou no RE n. 228.800/DF que “essa compensação não encontrava fundamento na perda propriedade mineral em favor do particular”, vez que “se assim fosse, só seria admitida a compensação financeira no valor integral dos minerais extraídos. Caso contrário, não haveria efetiva indenização em favor dos Estados. Isso, entretanto [...] inviabilizaria a atividade mineral no Brasil”¹⁷⁶. Nas palavras do próprio relator, “a compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera”.

Esse raciocínio demográfico-indenizatório para reparar os impactos sofridos pelas comunidades afetadas, utilizado para justificar a cobrança (e não apenas a distribuição), também foi observado ao tratar das receitas petrolíferas e da sua distribuição. Embora longa a citação, vale transcrever o que foi apresentado por Luis Gustavo Kaercher Loureiro sobre a discussão do Poder Legislativo a respeito do tema e seu próprio posicionamento:

E tal é feito, novamente, em termos de “prejuízo”, “dano”, “indenização”; mas também é feito em termos mais genéricos e, parece, mais adequados, que

¹⁷⁶ MACHADO, Frederico Munia. A evolução histórica da legislação sobre os *royalties* da mineração brasileira. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais – CFEM*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 54.

referem os “*impactos da indústria no território*”. Linguagem juridicamente menos técnica, mas mais apta para descrever o que ocorre nas regiões que, de uma forma ou outra (e das mais variadas formas, não necessariamente apenas pela lavra), recebem influências da instalação da indústria e se encontram às voltas com necessidades (não prejuízos) novas a serem supridas (não indenizadas). Misturando essas ideias, assim se expressava o Deputado Antônio Florêncio, por ocasião da discussão do Projeto na Câmara dos Deputados, acerca da situação nas áreas adjacentes à plataforma continental onde ocorria a exploração:

“Estes continuam sofrendo as consequências da exploração do petróleo em seus territórios, arcando com a responsabilidade e despesas da infraestrutura, com o encarecimento do custo de vida, o que normalmente acontece quando a Petrobras se instala em algum lugar, tendo em vista o grande número de funcionários que para lá se deslocam e a remuneração que percebem. Os Municípios, por exemplo, enfrentam as despesas resultantes dos estragos causados às ruas pelos equipamentos pesados que por elas transitam, o mesmo ocorrendo (sic!) com as estradas, também grandemente danificadas. Portanto, não só os Municípios, mas também os Estados sofriam as consequências da falta de uma indenização pelos danos neles causados durante a exploração do petróleo”.¹⁷⁷

A cobrança dos *royalties* não se atrelaria à propriedade ou esgotabilidade do recurso explorado *versus* sua estocagem, mas sim a uma participação de entes federativos estranhos ao processo de concessão da exploração de recursos minerais e petrolíferos, sendo-lhes devida uma verba pela exploração quando ela ocorrer em seu território. Isto é, “ainda que a propriedade dos recursos minerais, inclusive os do subsolo pertença à União (art. 20, IX), pressupõe a Lei Maior um prejuízo para aquela pessoa em cujo território se dê a respectiva exploração”¹⁷⁸; logo, a cobrança de *royalties* teria sentido principalmente de “indenização, ou reparação, ou ainda de ressarcimento em face da perda patrimonial sofrida pelos Estados e Municípios em favor da União no momento em que esta monopoliza a propriedade de bens, cuja exploração é realizada no territórios desses entes públicos”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria do petróleo: evolução normativa*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 134.

¹⁷⁸ COSTA, Regina Helena. A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 47/48, p. 125-133, jan./dez. 1997. Tony Marcelo Gonzalez Rivera e Rodrigo Leite Moreira seguem o mesmo raciocínio, ao afirmarem que a CFEM decorre da “exploração de recursos minerais, pago aos Estados e Municípios a título de indenização pelos danos causados em seus respectivos territórios, bem como contraprestação ao proprietário do subsolo” (RIVERA, Tony Marcelo Gonzalez; MOREIRA, Rodrigo Leite. A incidência da CFEM sobre as minas manifestadas. In: TÔRRES, Heleno Taveira; CATÃO, Marcos André Vinhas (Coords.). *Tributação no setor de petróleo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 379).

¹⁷⁹ 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 Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1999. p. 333.

Em outras palavras, a compensação (CFEM) “seria admissível sob a condição do prejuízo”¹⁸⁰, que seria presumido, pois a instalação dos empreendimentos implicaria a “tomada de terrenos de Município e Estados, remoção de grandes quantidades de terra, problemas sérios ou eventuais de impacto ambiental, danos possíveis a jusante, quiçá preocupações com o ecossistema [...] decorrem danos momentâneos ou permanentes”.¹⁸¹

Em que pese o posicionamento, discorda-se dele. Primeiro, é cediço que diversas outras atividades podem causar impactos locais que poderão significar prejuízos à comunidade afetada de diversas naturezas¹⁸², não lhes sendo exigida qualquer contraprestação para arcar com esses impactos, havendo inclusive disputa federativa, e até fratricida, pela atração dos investimentos.¹⁸³

Nesses casos, o ordenamento jurídico possui instrumentos aptos para fazer frente aos impactos sofridos, vez que o crescimento econômico-social local implicará um aumento da base tributável, com acréscimos de arrecadação oriunda de consumo de bens, compra de imóveis, uso de veículos e, principalmente, uma maior participação nos fundos de equalização constitucionais. Isso, defende-se, seria devido ao fato de que a própria instalação do empreendimento “já contribuiu para aumentar consideravelmente a arrecadação de impostos municipais e estaduais”¹⁸⁴. Ou seja, a conclusão é que o “sistema brasileiro está apto a enfrentar elevações demográficas – e as consequentes alterações na pressão por serviços públicos –, através do correspondente aumento das arrecadações própria e transferida”.¹⁸⁵

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*: arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 154.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 401-403. No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que a compensação é justificada “como contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infraestrutura de bens e serviços e a assistência às populações” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p 192).

¹⁸² A título de exemplo, destaque-se o artigo de Paul Roberts sobre a instalação da empresa *Amazon* em Seattle e as transformações dessa cidade (ROBERTS, Paul. This is what really happens when Amazon comes to your town: trust me, I saw my city transform – and not always for the better. 19 Oct. 2017. *Politico Magazine*. Disponível em: <<http://www.politico.com/magazine/story/2017/10/19/amazon-headquarters-seattle-215725>>. Acesso em: 19 mar. 2018).

¹⁸³ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 207.

¹⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 338.

¹⁸⁵ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 213.

O uso de *royalties* para essa finalidade (ou cobrança com essa justificativa) também encontra respaldo no ordenamento jurídico americano:

Portanto, um pagamento de *royalty*, que também endereça as externalidades negativas residuais não abordadas por outras políticas (tais como regulação direta limitando a emissão de gases de efeito estufa de minas de carvão), em tese permitiria um usufruto máximo dos benefícios líquidos da exploração pela sociedade ao obrigar a empresa de carvão a internalizar externalidades negativas e alinhar seus incentivos com aqueles do governo. Esta justificativa para o *royalty* está implícita na caracterização de Orchard do *royalty* mínimo para compensar proprietários pelas externalidades ambientais da mineração, tais como “o estrago da beleza do local com uma boca de mina feia, estrutura de exploração de carvão preto, ou pilha de despejo”, que não seriam compensadas de outras formas. A associação do pagamento de *royalties* ao pagamento por custos ambientais residuais também está implícita no fato de que quase metade das receitas federais de *royalties* é transferida aos Estados onde a mineração ocorre.¹⁸⁶

Curiosamente, vale destacar que as tentativas de reforma da *Mining Law* para impor a cobrança de *royalties* não conseguem ser aprovadas, devido à oposição de representantes legislativos dos Estados do Oeste, onde há a maioria de terras públicas e incidiriam *royalties* públicos. Isto é, esses Estados estariam abrindo mão de receitas adicionais a partir da exploração de recursos naturais em seus territórios.

Entende-se, portanto, que a justificativa não seria propriamente demográfica para compensar as regiões afetadas, embora isso possa afetar a distribuição posterior dessa receita, mas isso não se confunde com motivo da incidência¹⁸⁷. A indenização não é pelo prejuízo causado, mas sim, em parte, pelo uso e perda do recurso natural.

¹⁸⁶ No original: “Thus, a royalty payment, by also targeting the residual negative externalities not addressed by other policies (such as direct regulation limiting greenhouse gas emissions from coal mines), would in theory allow to the public to enjoy maximum net benefits from extractions by forcing the coal firm to internalize negative externalities and align its incentives with those of the government. This justification for a royalty is implicit in Orchard’s characterization of the minimum royalty as the landowner’s compensation for otherwise uncompensated environmental externalities of mining such as ‘the marring of the beauty of the locality with an ugly mine mouth, a black coal tipple, or a dump heap’. The association of royalty payments with payments for residual environmental costs is also implicit in the fact that about half of the federal government’s revenues from royalty payments are returned to the states where mining occurs.” (HEIN, Jayni Foley; CECOT, Caroline, *Mineral royalties: historical uses and justifications*, cit., p. 15 – nossa tradução).

¹⁸⁷ “Essas receitas públicas, como se disse naquela oportunidade, não têm natureza jurídica indenizatória. Ainda que elas indiretamente compensem potenciais danos ambientais e socioeconômicos dos entes em que se localizam as reservas de recursos naturais, tais receitas públicas, qualificadas como receitas originárias, visam a compensar os entes da federação pela exploração do patrimônio público pelo particular.” (RUBINSTEIN, Flávio, *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*, cit., p. 195).

2.1.4 Econômica-custo de oportunidade

Embora se compreenda a linha de raciocínio das justificativas acima, entende-se que elas não captam a essência da justificativa da cobrança de *royalties* por Estados sobre a exploração de seus recursos minerais, servindo apenas para explicar a forma como as referidas receitas são distribuídas (i.e., geralmente privilegiando o ente federal local onde é realizada a exploração). Portanto, é preciso distinguir a justificativa da incidência da justificativa da distribuição, sendo que a cobrança possui uma natureza nitidamente econômica, oriunda do uso de recurso público e a perda desse mesmo recurso, quando da exploração.

Uma das justificativas econômicas iniciais da cobrança de receitas sobre a exploração de recursos minerais surgiu a partir dos estudos de David Ricardo e atrelava essa receita a um pagamento ao proprietário do solo pela cessão do seu uso, mais especificamente isso era devido em decorrência do “uso dos poderes originais e indestrutíveis do solo”¹⁸⁸. Não obstante, em análises posteriores, e ao aprofundar a questão, constatou-se que esse raciocínio se aplicaria apenas a casos de exploração de recursos naturais renováveis, tal como o cultivo agrícola, no qual a exploração e uso do solo poderiam ser contínuos e renováveis.

Assim, isso não se aplicaria ao caso da exploração de recursos minerais e petrolíferos, que seriam *one-shotters* e cuja atividade implicaria a necessária diminuição do bem (i.e., a exploração reduz o tamanho da jazida e a disponibilidade do recurso para exploração ou uso futuro). A inaplicabilidade da teoria de Ricardo à mineração teria sido reconhecida pelo próprio autor: “O próprio Ricardo enfatizou que pagamentos posteriores não são da natureza da renda ricardiana, que se refere apenas a pagamentos pelo uso do poder original e indestrutível do solo. Esses poderes são não depletáveis e não poderão ser

¹⁸⁸ RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 49.

aumentados”¹⁸⁹. Considerando que a própria natureza do recurso não renovável é sua esgotabilidade, a incongruência é clara.

Conforme destacado por Andressa Torquato Fernandes¹⁹⁰, essa concepção foi ultrapassada, não se equiparando uso da terra à exploração mineral, pois haverá, segundo Alfred Marshall, “apreensão dos seus tesouros acumulados. O produto do campo é algo diverso do proveniente do solo, pois o campo, se bem cultivado, guarda a fertilidade. Mas o produto da mina é parte da própria mina”¹⁹¹. Assim, o *royalty* não seria um aluguel, mas, de certa forma, como o preço “pela venda de um bem armazenado, armazenado pela natureza, de fato, mas agora tratado como propriedade privada”¹⁹². Em outras palavras, Marshall entende que o *royalty* seria equivalente a um *custo de uso*, pois compensaria o dono do recurso mineral pela oportunidade reduzida para explorar o mineral no futuro, ou seja, implícito na cobrança de *royalty* estaria um custo de oportunidade entre estocar e explorar.¹⁹³

O modelo de Hotelling foi construído a partir da escolha entre alternativas *second-best* quando da definição do seu conceito de custo de uso. Conforme destacado por Alexandre Silveira, o aspecto da escolha entre oportunidades/alternativas, no que tange à exploração, “torna relevante o elemento temporal (que está no cerne quando se trata de recursos não renováveis) na economia da exploração”. Isso decorre do fato já destacado de que a exploração hoje implica a inexistência do recurso no futuro, ou seja, “toda vez que

¹⁸⁹ No original: “Ricardo himself has emphasized that payments of the later type are not in the nature of Ricardian rent, which refers only to payment for the use of the original and indestructible power of the soil. Such powers are non-depletable and non-augmentable.” (STEELE, Henry. Natural resource taxation: resource allocation and distribution implications. In: MASON, Gaffney (Ed.). *Extractive resources and taxation*. Madison: University of Wisconsin Press, 1967. p. 235 – nossa tradução). De forma mais detalhada, vale destacar o exposto por Jayni Foley Hein e Caroline Cecot: “Economic rent (also referred to as the Ricardian rent) is a payment to the owner of a factor of production that exceeds the amount necessary to keep the factor in its current employment. David Ricardo first explored the idea of an agricultural land rent equal to the advantage of using a tract of land in its most productive use relative to the advantage of using the marginal tract (or, the best rent-free tract) for the same purpose. In other words, land rent is the payment to the owners of especially fertile land in return for the production advantage (or cost savings) associated with using that land.” (HEIN, Jayni Foley; CECOT, Caroline, *Mineral royalties: historical uses and justifications*, cit., p. 9).

¹⁹⁰ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 109 e ss.

¹⁹¹ MARSHALL, Alfred. *Princípios de economia: tratado introdutório*. Tradução de Rômulo Almeida e Ottolmy Strauch. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 229.

¹⁹² FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 109.

¹⁹³ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 109-110.

um recurso é explorado, ele está sujeito a um custo de oportunidade¹⁹⁴, em vez de ser poupado para o futuro”.¹⁹⁵⁻¹⁹⁶

Ao fazer a escolha pela exploração, “os *royalties* representam a troca (*trade-off*) realizada pelo Estado, onde abre mão dos recursos naturais, inviabilizando seu uso futuro, e ganha, por outro lado, valores em medo”. Entende-se que essa justificativa, a de que “o Estado busca ser compensado por abrir mão de algo, a exploração futura desses bens”¹⁹⁷ é a que mais bem representa uma justificativa adequada e capta a essência das especificidades dessa exploração:

Surge a díade *entesouramento versus exploração*. Se entesourar demais, pode ser que os recursos venham a perder importância e valor na economia mundial, em face de mudanças tecnológicas ou da descoberta de novas reservas, acarretando a queda da riqueza nacional. Se explorar demais, pode ocorrer o esgotamento físico das reservas antes do momento mais adequado para sua venda.¹⁹⁸

Naturalmente, seria possível apresentar maiores detalhes acerca das justificativas. De qualquer forma, entende-se que a estruturação de ambos os ordenamentos jurídicos acerca dos *royalties*, tanto no que tange à incidência, quanto à distribuição, reúne

¹⁹⁴ “Esse termo designa o custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado. Quando você decidiu frequentar uma universidade, um curso de pós-graduação ou a faculdade de direito, você abriu mão de algumas outras alternativas valiosas, como, por exemplo, obter um emprego, treinar para os Jogos Olímpicos ou viajar pelo mundo num cargueiro sem rota fixa. Ao calcular o custo [...] o verdadeiro custo econômico era aquele da melhor alternativa seguinte. Isso se aplica às decisões de todos os agentes econômicos: ao maximizar a utilidade, o consumidor precisa levar em consideração as oportunidades das quais abre mão ao escolher um pacote de bens em detrimento de outro; ao maximizar os lucros, a firma precisa levar em consideração as oportunidades que deixou de lado ao comprometer seus recursos com a produção de engenhocas no lugar de algo diferente.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 53).

¹⁹⁵ ENRIQUEZ, Maria Amélia. *Mineração: maldição ou dádiva?: os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira* São Paulo: Signus, 2008. p. 314. Prossegue a autora, afirmando que “por ser um recurso não renovável, os bens minerais estão sujeitos a um custo de oportunidade, o que gera uma renda de escassez, ou seja, uma renda que decorre da natureza finita do bem mineral. Isso significa que quanto mais escasso, maior o custo de oportunidade de uso do bem mineral”.

¹⁹⁶ “Mas a constatação de Hotelling acerca da escolha em utilizar imediatamente os recursos não renováveis resultou num terceiro fundamento econômico (ao lado das motivações de captura de rendas diferenciais e de compensação financeira) para a cobrança dos *royalties*, proposto por Hartwick. Fala-se da ‘regra de Hartwick’, segundo a qual parte da renda originária da utilização do recurso não renovável (a ‘renda de Hotelling’) deve ter por destinação a diversificação econômica e o investimento no desenvolvimento de outros recursos, desta vez, e em seu conjunto, razoavelmente sustentáveis. O terceiro fundamento econômico residiria na neutralização do prejuízo dos futuros consumidores que, diante do esgotamento do recurso e de sua conseqüente riqueza, encontrariam alternativas equivalentes num setor industrial previamente incentivado, bem como condições de vida satisfatórias.” (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. 47).

¹⁹⁷ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 216.

¹⁹⁸ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 68-69.

aspectos de todas as justificativas elencadas acima, ou seja, o “custo de oportunidade do Estado, compensado pela exploração econômica de seu patrimônio, além de relacionada à finitude do bem. Ou seja, uma vez explorado, ele não estará mais disponível”¹⁹⁹. Essa reunião de diversas justificativas-características decorre do fato de que “a fronteira conceitual entre as figuras é bastante tênue, porque a exploração não é só de uso do bem, mas a perda efetiva da propriedade”²⁰⁰. Mais, o *royalty*, nesse sentido, teria uma função dúplice, conceder direito à empresa de acessar os recursos minerais e desenvolvê-los em benefício próprio.²⁰¹

Não existe uma única justificativa adotada por países para fundamentar a cobrança de receitas pela exploração de recursos minerais, sendo que a “própria existência de fundamentos múltiplos já dá a justa medida da diversidade de maneiras de cobrança por parte dos Estados”²⁰². De todo modo, embora existam diversas bases de cálculo e desenhos dessa cobrança, é cediço que, de forma geral, há um denominador comum, sendo esse um “pagamento ao proprietário do recurso mineral”²⁰³. Embora a justificativa possa trazer implicações significativas para a forma como as *participações governamentais* incidentes sobre esse setor são tratadas, o importante é averiguar como são estruturadas.

Conforme bem destacado por Fernando Facury Scaff, a mera propriedade de patrimônio (recursos naturais) público não é sinônimo de receita pública, o que pressupõe a exploração desse bem, pois, antes disso, há apenas uma expectativa de receita ou especulação patrimonial, “e essa transformação em *receita* só ocorre quando esse *patrimônio* ‘estático’ for explorado”.²⁰⁴

¹⁹⁹ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; ATHIAS, Daniel Tobias. A finalidade da CFEM. *Valor Econômico*, Legislação, São Paulo, de 21 dez. 2015.

²⁰⁰ MACHADO, Frederico Munia, A evolução histórica da legislação sobre os royalties da mineração brasileira, in *A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais – CFEM*, cit., p. 51.

²⁰¹ OTTO, James. *Mining royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society*. Washington, DC: The World Bank, 2006. p. 41-42.

²⁰² TRINDADE, Adriano Drummond Caçado, *Royalties na mineração no direito comparado*, in *A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais: CFEM*, cit., p. 71.

²⁰³ No original: “Although the structure and rates of mineral royalties vary widely internationally, most are collected for the same reasons, that is, payment to the owner of the mineral recourse in return for the removal of the minerals from the land.” (OTTO, James, *Mining royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society*, cit., p. 41 – nossa tradução).

²⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 68.

Assim, a análise ora feita não associa essa escolha prévia à exploração, na qual deverão ser consideradas outras questões, como impactos ambientais e econômicos das atividades, comunidades locais impactadas por essa atividade, desenho contratual ou regime de contratação (*lato sensu*) de empresas para realizar a atividade, em consórcio ou não com empresas públicas do setor, e diversos outros assuntos essenciais, mas correlatos. Feita a escolha pela exploração, cabe delinear quais as receitas a serem auferidas pelo Poder Público, como elas são distribuídas e como elas são utilizadas (gastas).

2.2 Royalties na exploração de recursos minerais e petrolíferos

Ante as considerações acima, analisar-se-á a incidência patrimonial específica cobrada da exploração desses recursos naturais, atentando-se, onde possível, para as especificidades de cada país, focalizando os *royalties*. Em alguns casos, como se perceberá, não será possível discutir mais pormenorizadamente a natureza jurídica dessas receitas, havendo, no caso dos Estados Unidos, um foco mais prático no cerne arrecadatário.

Tem-se ciência da preocupação levantada, sob a ótica do setor privado (i.e., empresas exploradoras de recursos minerais e petrolíferos), sobre a necessidade de a incidência de *royalties* (*lato sensu*) estar inserida e em harmonia com o sistema tributário do país explorador, de forma a não onerar a atividade, de maneira a impedir seu desenvolvimento, dada a sua essencialidade ao país como um todo. De qualquer forma, as participações governamentais referentes à exploração de recursos minerais e petrolíferos não deverão ser confundidas com tributos, vez que estes incidem sobre virtualmente toda e qualquer atividade (inclusive a de exploração de recursos); *royalties*, de outro lado, são exclusivos. Assim, entende-se que essa incidência e receita não são intercambiáveis com receitas tributárias ditas *usuais*.

Para facilitar a organização e exposição do tema, a incidência e a previsão legal de *royalties* serão enfocadas no que tange à exploração minerária e à exploração petrolífera, entre as quais há pontos de conexão e diferenças, sendo que na petrolífera existe ainda a questão da evolução e alteração dos regimes regulatórios de exploração, os quais afetaram sensivelmente a forma como são cobradas as receitas patrimoniais. Serão mencionados,

ainda que brevemente, os regimes de exploração, com o objetivo de contextualizar ambos os setores, porém o foco será direcionado às receitas, havendo omissões, porém deliberadas.

2.2.1 Incidência e previsão legal dos *royalties* (*stricto sensu*)

2.2.1.1 Brasil

Todos os recursos minerais do País são, por determinação constitucional, pertencentes à União, sendo que a exploração deve ser realizada tendo em vista o interesse nacional como um todo, nos termos do parágrafo 1º do artigo 176 da Constituição Federal. O fundamento legal basilar no ordenamento jurídico vigente para a cobrança de receitas a partir da exploração de recursos minerais decorre do texto constitucional, o qual, embora não contenha o termo anglo-saxão específico *royalties*, dispõe que na exploração será devida uma compensação financeira ou participação no resultado da exploração de recursos minerais e petrolíferos, conforme o parágrafo 1º do artigo 20:

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

A partir do texto constitucional, inaugurou-se uma divergência a respeito da *participação* e da *compensação*. Discute-se se a participação seria algum tipo de relação entre o ente federativo e a empresa exploradora e se a compensação seria uma indenização em decorrência de danos oriundos da exploração, pois a “a norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um ‘prejuízo’ decorrente da exploração. Já a participação uma associação de benefícios”²⁰⁵. Tendo pressupostos diferentes, logo a base de cálculo de ambas também seria divergente.²⁰⁶

²⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*: arts. 1º a 43, cit., v. 1, p. 154.

²⁰⁶ “Cabe à União, no caso, o gerenciamento desses bens no interesse da coletividade, que é verdadeiramente titular e beneficiária do rico patrimônio ambiental mineral existente em nosso subsolo. [...] Se assim é, independentemente das controvérsias acerca de aspectos tributários e financeiros relativos à CFEM, não se pode deixar de reconhecer que a contraprestação paga pelo minerador pela utilização dos recursos minerais tem, ademais, a finalidade compensatória em face da coletividade direta ou indiretamente afetada pela extração, apropriação e privatização do uso dos recursos minerais e pelos custos sócio-ambientais

Já outros autores entendem que a compensação seria uma partilha em pecúnia e a participação *in natura*. Nesse sentido, José Marcos Domingues afirma que a terminologia na realidade explicita formas diferentes pelas quais o Estado poderá optar por receber o seu *government take*: “Quando a Constituição se refere a ‘participação no resultado da exploração’ ou ‘compensação financeira’ está a abrir uma alternativa [...] entre obter uma prestação *in natura* (unidades de recursos naturais) ou uma prestação *in pecunia*”.²⁰⁷

Não obstante, e conforme elencado no item acima, a justificativa da cobrança de *royalties* não seria para compensar por danos sofridos e tampouco uma partilha de lucros com o Estado, vez que isso pressuporia cobrar essa receita apenas em caso de lucro, mas sim de refletir um preço público que abrange questões de custo de oportunidade de exploração e redução do patrimônio público a partir da sua exploração.

Assim, entende-se que o constituinte “não foi técnico ou juridicamente preciso ao utilizar os termos constantes do § 1º do art. 20 da CF. Ambos quiseram referir-se à mesma coisa, ou seja, quando houver exploração mineral ou de energia elétrica, dos resultados financeiros daí advindos haverá a divisão”²⁰⁸. Isto é, o texto constitucional apenas destacaria que uma receita seria devida, a qual deve ser partilhada entre os entes federativos.

A distinção, na realidade, trata da base de cálculo, conforme bem apontado por Fernando Facury Scaff, ao destacar que a legislação, ao falar de *participação nos resultados da exploração*, permite instituir uma cobrança *ad valorem*, com base nos lucros da atividade ou, inclusive, as perdas, enquanto a *compensação* se trataria de uma troca de um bem por outro, não focando em lucros, mas em “unidades do minério extraído ou de quilowatts produzidos, ou ainda sobre o faturamento”.²⁰⁹

decorrentes da exploração mineral.” (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários: ênfase na prevenção: a utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.) *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 551).

²⁰⁷ DOMINGUES, José Marcos. Cobrança pelo uso da água: natureza jurídica: as cobranças estaduais. *Interesse Público*: revista bimestral de direito público, Belo Horizonte, v. 8, n. 39, p. 308-309, set./out. 2006.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 403.

²⁰⁹ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia*: aspectos constitucionais, financeiros e tributários, cit., p. 92 e 93.

Essas receitas são classificadas como receitas patrimoniais, vez que decorrentes da exploração dos recursos de propriedade da União. Fernando Facury Scaff²¹⁰, fala especificamente sobre *royalties (lato sensu)* como o “preço que é pago ao proprietário de um bem tangível ou intangível, extraído, inserido ou consumido por meio de processo produtivo” e, especificamente sobre a exploração de recursos minerais, como o “preço público pago ao proprietário do recurso natural não renovável que for extraído, inserido ou consumido por processo produtivo”.

2.2.1.1.1 Mineração

Recentemente, a exploração minerária passou por mudanças em seu marco regulatório, afetando principalmente a incidência de *royalties* (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM) na atividade. Nesse sentido, apresentar-se-ão os atuais termos da legislação, que foi alterada significativamente em 2017 e, em seguida, parte das discussões legislativas dessas alterações, que refletem o anseio do Estado em aumentar suas receitas, ante a depleção dos seus recursos minerais, e o entendimento de que os valores cobrados são baixos (em comparação com o lucro das empresas minerárias).

Na exploração minerária, a instituição dos *royalties* e sua efetiva cobrança estão definidas nas Leis federais ns. 7.990/89 e n. 8.001/90. A primeira determina o fato gerador da cobrança, o momento da incidência e apresenta a definição de alguns critérios essenciais que tratam da cobrança dessa exação, tais como bem mineral, beneficiamento e consumo; a segunda dispõe sobre a forma de distribuição das receitas arrecadadas, notadamente a participação de cada ente federativo e órgão estatal, além das alíquotas aplicáveis a cada tipo de minério.

A atual redação da primeira lei acima referida dispõe no seu artigo 6º que “a exploração de recursos minerais ensejará o recolhimento da Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais (CFEM)” e elenca as hipóteses em que se caracteriza o fato gerador, tais como a saída por venda e o consumo do bem mineral, dentre outros. A

²¹⁰ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 89 e 90.

intenção da cobrança é manter a incidência sobre o bem mineral, e não sobre atividades de agregação de valor ao minério, momento em que incidiriam outros tributos (*e.g.* IPI).

Cada fato gerador, por sua vez, possui base de cálculo própria, sendo a principal mudança a possibilidade de deduzir desse valor apenas os tributos incidentes sobre sua comercialização, mantidas as despesas com transporte e seguro, que eram anteriormente dedutíveis. Essas alterações na base de cálculo ainda produzirão efeitos incertos e não desejados, afetando sensivelmente a exploração minerária, ante a forma como ela é estruturada no território nacional. Neste ponto, vale fazer algumas considerações.

Um desses efeitos foi inicialmente constatado por Fernando Facury Scaff, ao ressaltar que a atividade de exploração de recursos minerais parte da característica central de rigidez locacional, pois a exploração ocorre onde a natureza coloca o recurso. Assim, é preciso ter em mente que muitas vezes empreendimentos minerários se instalam em locais distintos e distantes dos centros de beneficiamento e transformação, de forma que a inclusão das despesas de transporte na base de cálculo aumentará significativamente o valor de *royalties* a ser pago, a depender dessa distância. Por exemplo, uma mina localizada na Região Amazônica estaria prejudicada, pois a exploração se realiza em local cujo acesso pressupõe altos gastos com transporte, além de despesas para escoamento do bem até o seu beneficiamento, ao contrário de exploração em local não tão distante de centros que facilitam o transporte ou locais de mais fácil acesso.

Ciente disso, a redação anterior da lei dispunha que a base de cálculo seria o “faturamento líquido [definido como] o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros”, conforme o teor do artigo 2º da Lei n. 8.001/90. Isso significava que, independentemente de onde se localizava o ponto de extração do minério, se mais ou menos perto do seu beneficiamento e escoamento, o preço do minério, no País, seria virtualmente o mesmo, independente da sua região de origem.

O problema jurídico que se levanta é, se a União, proprietária do bem explorado, poderá impor esse aumento artificial do preço público²¹¹ de seu bem com base em fatores externos, promovendo ainda uma espécie de desequilíbrio competitivo entre o mesmo minério do mesmo país, porém explorado em locais diferentes? Em outras palavras, se a CFEM constitui preço público, poderá a União acrescentar ao preço de seu bem o custo da empresa que o explora? Entende-se que não. A União está promovendo um desequilíbrio artificial entre empresas e regiões mineradoras para a exploração do mesmo bem. Diferente seria se a exploração ocorresse por empresa pública, sendo todos os componentes de preço fatores públicos, mas esse não é o caso.

Retomando a legislação na atualidade, e tal como anteriormente, as alíquotas a serem aplicadas observam o critério de *seletividade* e dependem do recurso mineral que está sendo explorado, aliviando a cobrança em alguns casos e a aumentando em outros. Por exemplo, mantém-se um valor baixo de minérios atrelados à construção civil, setor muitas vezes utilizado para impulsionar a economia interna, e um valor mais alto para o minério de ferro, o principal recurso exportado, nos seguintes termos:

<i>Alíquota</i>	<i>Substância mineral</i>
1%	Rochas, areias, cascalhos e outras substâncias destinadas à construção civil; águas minerais
1,50%	Ouro
2%	Diamante e demais substâncias minerais
3%	Bauxita, manganês, nióbio, e sal-gema
3,50%	Ferro

No caso do minério de ferro, a legislação introduziu a possibilidade efetuar alterações nessa alíquota, para reduzi-la.

Determina a legislação que deverá ser emitido decreto pela Presidência da República, que estabelecerá critérios para que a ANM possa, por meio de decisão

²¹¹ “Por exemplo: só se pode explorar o minério de ferro de Carajás a partir daquele local. Seria mais fácil se toda a atividade pudesse ser feita em locais próximos dos grandes centros urbanos, mas não é possível – tem que explorar o minério onde ele estiver localizado, e isso gera um enorme problema de logística, pois, para retirar esse ferro de Carajás e levá-lo até o porto de onde será escoado, é necessário transportá-lo por uma ferrovia com 900 quilômetros de extensão.” (SCAFF, Fernando Facury. MP de revitalização da indústria mineral é apenas aumento da CFEM. *Consultor Jurídico* [online], São Paulo, 08 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/contas-vista-mp-revitalizacao-industria-mineral- apenas-aumento-cfem>>. Acesso em: 18 nov. 2017).

justificada, “reduzir, excepcionalmente, a alíquota da CFEM do ferro de 3,5% [...] para 2% [...] com objetivo de não prejudicar a viabilidade econômica de jazidas com baixos desempenho e rentabilidade”. Essa redução pode se dar em razão dos seguintes critérios, “baixo desempenho e rentabilidade em razão do teor de ferro, da escala de produção, do pagamento de tributos e do número de empregados”, conforme o item b do Anexo da Lei n. 8.001/90. A decisão da ANM de proceder a essa redução deverá, de qualquer forma, ser acompanhada de parecer técnico, e os documentos deverão ser disponibilizados no sítio eletrônico da ANM.

O raciocínio por trás da previsão dessa excepcionalidade é possibilitar uma alteração menos rígida (i.e., não submetida aos regimes extensos de trâmites legislativos mais formais) de alíquotas, que eram estáticas, permitindo flexibilidade ao legislador sobre a matéria, em caso de necessidade de adaptação a questões econômicas pontuais. Infelizmente, essa flexibilidade só foi instituída para um lado, ou seja, para diminuir a arrecadação. Reconhece-se o potencial positivo, dado o fato de que minério com mais baixo teor é menos valioso, além dos demais fatores de baixa produção. Não obstante, perdeu-se também uma oportunidade para adequar as alíquotas ao preço real do ferro, observando eventuais flutuações do mercado, que permitem ao setor privado um lucro excepcional, que não reflete nos cofres públicos.

Justamente sobre esse ponto é válido recuperar parte do histórico do debate legislativo, pois as discussões em torno do minério de ferro resultaram em soluções criativas, apresentadas em projetos de legislação, embora tenham sido abandonadas quando da aprovação da nova lei. Ao apresentar um panorama geral dos debates, focar-se-á principalmente o minério de ferro.

Em junho de 2013, foi enviado ao Congresso o Projeto de Lei n. 5.807/2013 pela então presidente Dilma Rousseff, o qual dispunha sobre um novo marco regulatório do setor minerário, prevendo majoração de alíquotas da CFEM, redução de abatimentos da base de cálculo dessa incidência, criação de bônus de assinatura (em claro aceno ao setor petrolífero) e a transformação do DNPM em agência reguladora do setor.

Esse projeto teria alterado significativamente o setor, inclusive de forma negativa, a partir de inovações pretendidas no regime de prioridade²¹², instituindo regimes de licitação para as fases de pesquisa e de exploração. O projeto foi posteriormente alterado e ampliado, tendo sido ajustados alguns dos pontos mais sensíveis, notadamente a questão do regime de prioridade. Não obstante, e conforme destacado por Fernando Facury Scaff, o “projeto original era fiscalista e o substitutivo assim remanesce”²¹³, ou seja, focava especificamente as receitas do setor. Apesar de alguns erros e acertos nos projetos, a discussão não avançou e só foi ressuscitada quatro anos depois.

No início de 2017, sob o discurso de necessidade de modernização do setor, voltou novamente à discussão a alteração do marco regulatório minerário. Dessa vez, contudo, o Executivo abandonou o processo legislativo de discussão ampla (inclusive com audiências públicas realizadas pelo País), optando por impor alterações unilateralmente. Assim, no final de julho de 2017, foram aprovadas três medidas provisórias, no mesmo dia, 26 de junho de 2017, registradas sob os números 789/2017, 790/2017 e 791/2017, sendo que as alterações referentes aos *royalties* minerários (CFEM) foram efetuadas pela primeira e terceira medidas. Na Exposição de Motivos Interministerial (EMI) da Medida Provisória n. 789/2017 consta que ante a “retirada de tramitação na Câmara dos Deputados do “Marco Regulatório” [de 2013 ...] necessidade de construção de uma nova proposta sobre a matéria – menos ambiciosa, menos abrangente, porém mais realista e consentânea com a realidade do momento”.²¹⁴

²¹² Sobre o regime de prioridade, vide: BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama da legislação minerária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 64-73, jul. 1994; CALASANS JUNIOR, José. Autorização de pesquisa mineral – Direito de prioridade – Transferência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 356-361, jul. 1997; PEREIRA FILHO, João. Mineração – Direito de prioridade – Transmissibilidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 196, p. 175-189, abr. 1994. Sobre as alterações pretendidas, vide: BUSTAMANTE, Luiz Alberto da Cunha; CAVALCANTE FILHO, João Trindade; BIATO, Márcia Fortuna; GOMES, Carlos Jacques Vieira. Análise do Projeto de Lei de Marco Regulatório da Mineração do Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set./2013 (Texto para Discussão nº 137). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-137-analise-do-projeto-de-lei-de-marco-regulatorio-da-mineracao-do-brasil>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

²¹³ SCAFF, Fernando Facury. Anotações financeiras sobre os projetos do novo marco regulatório da mineração. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. (Orgs.). *Direito minerário e direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 94. Esse artigo aborda especificamente os aspectos fiscais dos referidos projetos e a coletânea inteira debate diversos aspectos das propostas de alteração.

²¹⁴ Exposição de Motivos Interministerial EMI MF/MME n. 79/2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5671659&disposition=inline>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Traduzindo, no afã de sanar a frustração de receita que acomete o Estado brasileiro nos últimos anos, o critério do Executivo na redação das medidas provisórias foi unicamente o de aumentar alíquotas e base de cálculo²¹⁵. Ou seja, a modernização realista foi apenas fiscalista, incidindo no equívoco de não atentar para as especificidades da atividade em cada região macropolítica, o que culminará, como visto, em distorções internas entre empresas mineradoras.

Não houve, portanto, qualquer tipo de modernização do setor, nem sequer incentivo para empresas agregarem maior valor ao produto mineral, não focando unicamente a exportação do recurso primário. Nem sequer foram introduzidas grandes alterações no que tange à regulação, havendo apenas a transmutação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para a Agência Nacional da Mineração (ANM). Na prática, mudou-se pouco.

Naturalmente, as alterações impostas sem discussão prévia culminaram em uma reação drástica, tendo sido recebidas quase 500 emendas às medidas provisórias, 250 referentes ao tempo de pesquisa mineral e responsabilidade ambiental e 138 tratando das alterações da CFEM.²¹⁶

²¹⁵ Vale destacar uma mudança condizente com a atividade e as práticas do mercado: a transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa para beneficiamento. A redação atual da Lei n. 8001/90 prevê que: “Art. 2º [...] § 8º Nas operações de transferência, no território nacional, entre estabelecimentos da mesma empresa ou entre empresas coligadas ou do mesmo grupo econômico, caracterizadas como venda, a base de cálculo da CFEM será, no mínimo, o preço corrente no mercado local, regional ou nacional e, no caso de essas operações não serem caracterizadas como venda, a CFEM incidirá no consumo ou na comercialização efetiva do bem mineral, sendo a CFEM, em ambos os casos, devida e distribuída aos Estados e aos Municípios onde ocorrer a produção, nos termos, respectivamente, dos incisos V e VI do § 2º deste artigo”. Consta na mensagem de envio do projeto do Ministério de Minas e Energia que: “8. As alterações contempladas neste projeto de Medida Provisória decorrem, portanto, do que se constatou ao longo de mais de um quarto de século de aplicação dos citados dispositivos de Lei. Imperioso observar que, no curso desse período, ocorreu uma extraordinária expansão da mineração brasileira, que passou a ter lugar de realce no cenário mundial. 9. Essa expansão foi acompanhada por mudanças na dinâmica das atividades da produção de bens minerais no País, cujo exercício, muitas vezes, passou a dar-se em situações distintas onde se destacam atores outros além do minerador clássico, titular original de direito minerário, dentre os quais cabe mencionar os arrendatários, os adquirentes e os consumidores de bens minerais. 10. Ao mesmo tempo, ampliaram-se situações complexas envolvendo empresas controladoras, controladas ou coligadas, bem como as ocorrências de consumo de bens minerais em estabelecimento distinto daquele do minerador, situações frequentemente bem díspares umas das outras, em função do bem mineral, de sua movimentação e de seu beneficiamento e transformação.” (Exposição de Motivos Interministerial EMI MF/MME n. 79/2017, cit.).

²¹⁶ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/538936-MEDIDAS-PROVISORIAS-QUE-ALTERAM-LEIS-DE-MINERACAO-RECEBEM-QUASE-500-EMENDAS.html>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Especificamente quanto ao minério de ferro, por ser o mais importante em termos quantitativos para o país, ao menos no que tange ao seu peso no comércio exterior da indústria extrativa mineral²¹⁷ e a sua importância para o mercado interno, em especial aos setores da construção civil e de manufatura de veículos automotores, o legislador apresentou as alterações mais ousadas no regime de cobrança de CFEM.

A proposta inicialmente apresentada determinava que as alíquotas passariam a ser automaticamente alternadas, a depender da *cotação internacional* em dólar por tonelada, observado o índice *Platts Iron Ore Index* (Iodex)²¹⁸. A lógica observada pela legislação é que quanto maior o preço previsto no índice, maior será a sua participação, o que lhe permite acompanhar as flutuações do mercado, vez que o preço de ferro tende a oscilar. Assim não se onerará demais a atividade se o preço tiver em baixa e se aumentará a participação se o recurso natural do País estiver sendo negociado em preços muito elevados.²¹⁹

14. Releva assinalar que especial consideração foi dada ao minério de ferro, em face da sua importância na balança comercial brasileira e do seu peso extraordinário na composição do Valor da Produção Mineral do País (setenta e cinco por cento). O projeto de Medida Provisória alvitrada cogita da criação de um modelo que vincula a variação da alíquota aplicável ao preço do minério no mercado internacional, levando em conta a avaliação histórica e as tendências para o futuro: quanto mais alto o valor da *commodity*, mais elevada a alíquota, que não poderá ultrapassar quatro por cento. Esse modelo, ao tempo em que assegura a captura, pelo Estado, das eventuais flutuações positivas do preço que podem elevar substancialmente a receita das empresas, garante a estas a previsibilidade e a segurança jurídicas imprescindíveis para o desenvolvimento sem sobressaltos de suas operações.²²⁰

²¹⁷ O *Informe Mineral* do DNPM relativo ao 1º semestre de 2017 apresenta um resumo do volume de comércio exterior em dólares por substância mineral, no qual o minério de ferro ocupa o primeiro lugar, com US\$ 10.055.956.115,00, ou seja, quase 70% do total de US\$ 14.793.52363,00 (Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br/dnpm/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/informe-mineral/publicacoes-nacionais/informe_mineral_1_2017>. Acesso em: 18 nov. 2017).

²¹⁸ Conforme o sítio eletrônico do índice, ele é definido como “*a benchmark assessment of the spot price of physical iron ore. The assessment is based on a standard specification of iron ore fines with 62% iron, 2% alumina and 4.5% silica, among other gangue elements*”, sendo que o uso deste e outros índices complementares “*have brought increased transparency to an industry which continues to evolve in terms of the pricing methods it employs, most recently manifest in the forms of floating price deals for physical cargoes, hedged using positions in the financial derivatives market*” (Disponível em: <<https://www.platts.com/price-assessments/metals/iodex-iron-ore>>. Acesso em: 18 nov. 2017).

²¹⁹ “A criação de alíquotas progressivas para o minério de ferro é importante porque essa substância possui ampla variação mercadológica. Segundo o DNPM (informe mineral de julho-dezembro/2015), o preço médio da tonelada de ferro apresentou queda de 44,5% entre o segundo semestre de 2014 e o segundo semestre de 2015. Como os custos de extração são praticamente os mesmos, o lucro auferido pelo minerador será diretamente proporcional ao valor do minério no mercado, tornando-se justo calcular os *royalties* em função do preço médio da tonelada do minério.” (FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro. Mudar legislação minerária por meio de medida provisória é decisão equivocada. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-04/opiniao-mudar-codigo-minerario-meio-mp-decisao-equivocada>>. Acesso em: 18 nov. 2017).

²²⁰ Exposição de Motivos Interministerial EMI MF/MME n. 79/2017, cit.

As alíquotas progressivas estipuladas pela legislação observariam um *cap* de 4,0%, observados os seguintes preços em dólares americanos:

<i>Cotação Internacional em US\$/Tonelada (Índice Platts Iron Ore Index - Iodex)</i>	<i>Alíquota</i>
Preço < 60,00	2,00%
60,00 ≤ Preço < 70,00	2,50%
70,00 ≤ Preço < 80,00	3,00%
80,00 ≤ Preço < 100,00	3,50%
Preço ≥ 100,00	4,00%

Nos debates legislativos, porém, essa proposta não avançou, optando o legislador por adotar alíquotas estáticas, embora a análise da medida provisória pela Comissão Mista tivesse reconhecido a necessidade de adotar regra diferenciada para o minério de ferro “em razão de sua importância arrecadatária de seu peso no valor da produção mineral nacional, de sua importância na balança comercial e da alta qualidade das jazidas nacionais, principalmente aquelas exploradas por grandes empresas”²²¹, e tenham sido recebidas “inúmeras” emendas sugerindo o aumento da alíquota.

De todo modo, e como visto acima, a diferenciação culminou na regra adotada de alíquota de 3,5%, com possibilidade de redução pela ANM.

Em que pese a adoção de uma alíquota estática, é de se destacar que a ideia original do governo na medida provisória aprovada era estipular uma alíquota variada de *royalties* que observasse as oscilações do mercado. Apesar das dificuldades que poderiam advir na fiscalização e mensuração dos valores, isso garantiria ao Estado um ganho real mais próximo do lucro de empresas mineradoras e observaria também a crescente escassez do minério, que poderá refletir em um sensível aumento de preço.

A incidência de *royalties* no Brasil, como visto ao longo deste trabalho, parte da posição da União como proprietária do bem, sendo a CFEM o preço público em decorrência dessa exploração. No Brasil, o regime adotado é o de aplicar alíquotas distintas para minérios distintos, sendo que houve, ao longo do tempo, sempre a reclamação de que as alíquotas cobradas a título de *royalty* estavam defasadas. Alguns, em contraposição a

²²¹ Parecer n. 1/2017 (Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7244157&disposition=inline>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

esse argumento, afirmam que embora a incidência específica seja baixa, é preciso levar em consideração o regime tributário como um todo. Com efeito, e como vem sendo suscitado em alguns pontos deste trabalho, não se pode efetivamente confundir tributo com receita patrimonial, embora ambas se insiram no universo da exploração.

A partir desse raciocínio, observa-se no Brasil um movimento consciente e deliberado de aumento tanto de alíquota quanto da base de cálculo, cujos reais efeitos sobre a atividade só poderão ser mensurados a partir da implantação, embora se tenham levantado algumas preocupações, a partir da legislação que entrará em vigor.

2.2.1.1.2 Petróleo

Os *royalties* petrolíferos, por sua vez, possuem maiores desdobramentos, vez que esse setor sofreu mudanças recentes no seu regime de exploração, passando do regime de concessão para o regime de contratos de partilha, sendo que atualmente houve nova mudança, no que tange à participação da Petrobras nas licitações para exploração de blocos. Mais, o próprio local da exploração, se *onshore* ou *offshore*, também implica a utilização de alíquotas distintas.

De forma idêntica à exploração minerária, o *framework* jurídico da cobrança de *royalties* petrolíferos encontra-se em leis federais²²², havendo atualmente um total de quatro *royalties* petrolíferos específicos, referentes à exploração por meio de concessão, *royalties* do contrato de partilha, participações especiais e *royalties* relativos às cessões onerosas, sendo necessário analisar cada situação de forma destacada, pontuando brevemente os regimes de exploração.

Desde o início da atividade petrolífera no Brasil, o regime adotado foi o de concessão, por meio do qual o Estado, a partir da realização de certame público, celebra

²²² As participações governamentais também estavam previstas no Decreto-Lei n. 366/1938, o qual, em seu artigo 108, determinava que: “O concessionário de lavra deverá pagar ao Governo Federal, a escolha deste, a quota de nove por cento (9%) da produção de petróleo bruto, ou o valor correspondente em dinheiro, ficando desobrigado do pagamento da quota instituída pelo artigo 42, n. IX, letras a e b, deste Código”. Essas compensações estavam previstas anteriormente na Lei n. 2.004/53, nos seguintes termos: “Art. 27 - A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo.”

contrato por tempo determinado com empresa para a exploração dessa atividade em determinada área. Esse foi o regime adotado pelo País quando da extinção do monopólio da União na exploração de jazidas de petróleo, que se deu na aprovação da Emenda Constitucional n. 9 de 1995. Houve então uma abertura do mercado para a contratação de empresas privadas, e não só a Petrobras, constando no texto constitucional que a União “poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades” (§ 1º do art. 177 da CF) de exploração. A redação original desse dispositivo determinava que era vedado “ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural”.²²³

A partir dessa permissão, o Legislativo aprovou a Lei n. 9.478/97, que normatizou os princípios e objetivos da política energética nacional, com a criação de Conselho Nacional de Política Energética, e determinou, originalmente, dentre outras alterações nesse setor, que as atividades de “exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação”, nos termos da redação original do artigo 23.

Esses contratos implicam, para a empresa concessionária, as obrigações de explorar “por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, aos extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais”, nos termos do artigo 26. Assim, o risco da fase “exploratória, isto é, da pesquisa acerca da existência de petróleo [...] fica a cargo do investidor privado. Em caso de insucesso, este perde os investimentos realizados, sem ônus para o poder público”; em se localizando jazida cuja exploração é economicamente viável, o agente privado “apropria-se do resultado da produção”²²⁴, pagando os tributos e demais encargos”.²²⁵

²²³ “As alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 9/1995 podem ser compreendidas como parte integrante do movimento de desestatização da economia brasileira, cujas primeiras medidas foram tomadas com a promulgação da Lei nº 8.031/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND). Principalmente a partir da segunda metade da década de 1990, esse projeto foi aprofundado com um amplo programa de delegação à iniciativa privada da execução de serviços públicos, como telecomunicações, energia elétrica, rodovias, ferrovias, bem como da delegação da execução de atividades monopolizadas pelo Estado (como petróleo e gás natural).” (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil*. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 303).

²²⁴ Esse dispositivo causou polêmica, principalmente pelo fato de que havia entendimento de que isso seria inconstitucional, já que os bens recursos minerais seriam de propriedade da União, tendo sido movida ação direta de inconstitucionalidade, que foi decidida por maioria, nos seguintes termos: “[...] O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes.

No que tange às participações governamentais, determina a Lei n. 9.478/97 que os contratos de concessão, bem como o edital, abordarão os *royalties* devidos, os quais estão previstos no artigo 47 e “serão pagos mensalmente, em moeda nacional, 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”. Essa alíquota geral poderá ser reduzida a partir de

Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio do bem’. 2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento – a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. 3. A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). 4. A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. 5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. 6. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CB/88). 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de ‘concessionárias’. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. 13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP. 14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (§ 1º, II, do art. 173 da CB/88). Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios (art. 37, XXI, da CB/88), as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil. 15. O art. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97, dá regulação ao chamado silêncio da Administração. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição. 16. Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei n. 9.478/98 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CB. 17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. 18. Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, *caput*, da Lei n. 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE (art. 84, II, da CB/88). 19. Ação direta julgada improcedente.” (STF – ADI n. 3.273, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, rel. p/acórdão Min. Eros Grau, j. 16.03.2005, *DJ*, de 02.03.2007).

²²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil, in *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*, cit., p. 305.

critérios estabelecidos pela Presidência, em função dos preços de mercado do petróleo, especificações do produto e da localização do campo e, levando em consideração fatores como “riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante correspondente a”, nos termos do parágrafo 1º do artigo 47, “cinco por cento da produção”.

A base de cálculo, como indicado acima, corresponde à alíquota incidente sobre o total da produção de petróleo, não sendo permitida qualquer dedução da base de cálculo, nos termos do artigo 11 do Decreto n. 2.705/98. De todo modo, Fernando Facury Scaff destaca que “a despeito de ser declarado serem vedadas quaisquer deduções [...] não entram: [...] os tributos incidentes sobre a venda e, no caso do petróleo embarcado, o valor do transporte e do seguro”²²⁶. Esse valor é determinado por campo e cumpre destacar que essa alíquota “não incide diretamente sobre a produção, pois, se assim fosse, o resultado da extração seria entregue à União *in natura*, e não é o que ocorre. No caso, a alíquota [...] definida no contrato será aplicada sobre o que a legislação chamou de preço de referência”.²²⁷

Esse preço de referência é previsto no Decreto n. 2.705/98, que o define como o “preço por unidade de volume, expresso em moeda nacional, para o petróleo, o gás natural ou o condensado produzido em cada campo, a ser determinado pela ANP, de acordo com o disposto nos arts. 8º e 9º deste Decreto”; mais detalhadamente, esse valor corresponde à média ponderada de preços de venda praticados pelo concessionário ou ao preço mínimo estabelecido pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), aplicando-se o que for maior, nos termos do artigo 7º.²²⁸

²²⁶ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 222.

²²⁷ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 114.

²²⁸ Sobre o preço mínimo estipulado pela ANP, Andressa Torquato Fernandes afirma que “não é qualquer preço de venda praticado pela empresa que poderá ser utilizado para fins de cálculo dos *royalties*, pois, estará ela adstrita a um preço mínimo fixado pela ANP. Este é estipulado com base no ‘valor médio mensal’ de uma cesta-padrão composta de até quatro tipos de petróleo similares cotados no mercado internacional. Explica-se: esses ‘tipos de petróleo’ a que o dispositivo se refere são chamados na indústria do petróleo de *benchmarks* ou tipos-referências, conforme comentado na seção 4.2, cuja cotação no mercado internacional serve de base para a comercialização de óleos de qualidade e localização similar. Tais *benchmaks* são fornecidos pelas próprias companhias petrolíferas, 20 dias antes do início da produção, para servir de parâmetro à composição do preço mínimo pela ANP” (FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 115-116).

Esse regime, tanto de exploração quanto de incidência de receitas, sofreu alterações significativas a partir da constatação de vastas reservas petróleo da chamada camada pré-sal²²⁹, tendo o País a oportunidade de se tornar um dos principais produtores de petróleo. Michael Reid, repórter do *The Economist*, resumiu bem a situação, em novo livro que discute o País:

Então, em 2007, vieram as imensas descobertas pela Petrobras e seus parceiros estrangeiros, incluindo a Exxon e o grupo britânico BB, no que foi uma genuína província petrolífera, de 300 quilômetros *offshore* de Santos podendo alcançar até 7 quilômetros abaixo do Sul do Atlântico. O petróleo estava abaixo de uma camada de sal formada quando os continentes africano e sul-americano racharam aproximadamente 130 milhões de anos atrás e foi batizado de pré-sal (*sub-salt*). A primeira descoberta foi o campo de Tupi (logo renomeado de Lula) com potencial de até 8 bilhões de barris de petróleo bruto leve, equivalente às reservas da Noruega. Descobertas adicionais ocorreram rapidamente em seguida: até 2011, as reservas comprovadas do Brasil subiram para 15 bilhões barris – mais que o México; estimativas do petróleo potencialmente recuperável variavam de 50 bilhões de barris (um pouco menos que tudo no Mar do Norte) até 80 bilhões.²³⁰

Cumprir destacar que não há ainda um mapeamento total do nível de reservas, sendo que a exploração dependerá também do desenvolvimento de tecnologia, sobre a qual a ANP relata:

A produtividade dos poços do pré-sal é alta. A produção diária de petróleo no pré-sal passou da média de aproximadamente 41 mil barris por dia, em 2010, para o patamar de 1,35 milhão de barris por dia em junho de 2017. Um crescimento de quase 33 vezes. Nesse mesmo mês, a produção de petróleo no pré-sal superou a do pós-sal, que totalizou 1,32 milhão de barris por dia.²³¹

A alçada do País a níveis de produção muito acima dos anteriormente observados iniciou um debate amplo acerca da adequação ou não dos modelos anteriormente adotados,

²²⁹ A Lei n. 12. 351/2010 definiu legalmente essa área em seu artigo 2º como: “IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico.”

²³⁰ No original: “Then in 2007 came the huge new finds by Petrobras and foreign partners, including Exxon and Britain’s BG group, in what was genuinely a new oil province, up to 300 kilometers offshore from Santos and up to 7 kilometers below the South Atlantic. The oil lay beneath a thick bed of salt laid down when the African and South American continents parted about 130 million years ago, and was thus known as pré-sal (*sub-salt*). The first find was the Tupi field (soon renamed Lula) with up to 8 billion barrels of light crude, an amount equal to Norway’s reserves. Further discoveries quickly followed: by 2011, Brazil’s proven reserves of oil had risen to 15 billion barrels – more than Mexico’s; estimates for the potentially recoverable oil from the new fields ranged from 50 billion barrels (a little less than everything in the North Sea) to 80 billion.” (REID, Michael. *Brazil: the troubled rise of a global power*. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 195 – nossa tradução).

²³¹ Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/rodadas-de-licitacoes/2-e-3-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal/o-pre-sal>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

sob a alegação de que as participações governamentais estavam defasadas, sendo necessário rediscutir um pacto na exploração desse recurso natural tão estratégico. A então presidente do Brasil Dilma Rousseff afirmou que a camada do pré-sal era um “passaporte para o futuro”²³², e assim o Executivo²³³ passou a discutir novo regime de exploração, que passou de um regime de concessão para um regime de partilha de produção²³⁴, instituído pela Lei n. 12.351/2010.

Essa Lei determinou em seu artigo 3º que a exploração e a produção de petróleo na área pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União em regime de partilha de produção, definido no artigo 2º como:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

Nesse regime seria mantida a propriedade estatal sobre os recursos naturais, correndo os riscos da atividade por conta do agente privado (art. 5º), ao qual caberia também a responsabilidade por todos os custos e investimentos necessários para executar o

²³² Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/dilma-exalta-pre-sal-diz-que-ele-o-passaporte-para-futuro-3001042>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

²³³ “Dilma Rousseff, who as well as being Lula’s chief of staff chaired Petrobras’s board at the time, hastened to ensure that the state would exercise tight control over the new bounty. Dilma insisted that existing contracts would be respected, including concessions already awarded in the pré-sal. But the new legal framework she drew up for future pré-sal exploration blocks declared the oil to be the property of a new state company called Pré-Sal Petróleo SA (PPSA).” (REID, Michael, *Brazil: the troubled rise of a global power*, cit., p. 195). E também: “A primeira e mais urgente medida tomada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva foi propor a mudança de modelo de contrato de exploração de petróleo então vigente no Brasil, por meio do Projeto de Lei nº 5.938/2009. [...] O Projeto de Lei nº 5.839/2009, encaminhado pelo presidente Lula ao Congresso Nacional, teve como eixo central a mudança do regime de exploração das jazidas do pré-sal e áreas estratégicas.” (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 319 e 321).

²³⁴ Gilberto Bercovici defende esse modelo, vez que o regime de concessão permitiria a apropriação de recursos naturais públicos por agente privado; ao fazer comentários iniciais sobre esse regime, afirma que: “[...] garantem a propriedade estatal sobre os produtos petrolíferos antes de serem comercializados. São os contratos mais utilizados pelos Estados produtores de petróleo. O primeiro contrato deste tipo foi firmado na Indonésia, em 1966. Os riscos pelo investimento e desenvolvimento da produção são das empresas contratadas. Após o início da produção, as empresas podem recuperar seus gastos e custos de operação de uma parcela denominada ‘*cost oil*’. A parcela remanescente, o ‘*profit oil*’, é dividido entre a empresa e o governo, na proporção acerbada no contrato. O Estado mantém total domínio sobre a propriedade dos recursos minerais, sobre os equipamentos e instalações e sobre o gerenciamento das operações de produção de petróleo. Nas palavras de Juan Pablo Perez Alfonso, os direitos reais sobre o petróleo não saem nunca do domínio do Estado.” (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 312).

contrato de partilha de produção (art. 6º); esse contrato poderia ser celebrado diretamente com a Petrobras, mediante dispensa de licitação, ou mediante licitação na modalidade de leilão (art. 8º). Ao contrário do regime de concessão, no qual se adquire a propriedade do produto explorado, no regime de partilha tem-se um “direito do contratado à apropriação do custo em óleo exigível unicamente em caso de descoberta comercial” (art. 29, IV).

Em outras palavras, “descontados os investimentos e custos, o que se produz é dividido entre União e contratado. O pagamento ao contratado será feito em óleo. O excedente é partilhado”²³⁵. Nesse caso, não há apropriação de todo o resultado da produção, tal como ocorre na concessão, mas sim uma divisão do “excedente em óleo’ com a União Federal”²³⁶.

No que tange aos *royalties*, essa legislação também promoveu alterações significativas na exploração de petróleo, estabelecendo que os *royalties* na exploração de partilha de produção serão estipulados pela alíquota de 15% do valor da produção, “sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo”²³⁷, nos termos do parágrafo 1º do artigo 42.

Percebe-se que houve, portanto, a partir do novo regime de contratação para exploração de petróleo, em conjunto com a ação deliberada de aumentar o controle sobre recursos de petróleo, também o aumento da receita patrimonial incidente sobre essa exploração.

2.2.1.2 Estados Unidos

Como visto, os *royalties* são devidos ao proprietário do recurso natural como forma de pagamento pela exploração e diminuição do seu bem. No Brasil, pela nacionalização de recursos minerais, esse pagamento é constitucionalmente devido ao Estado (*lato sensu*); nos Estados Unidos, por sua vez, viu-se que grande parte dos recursos minerais do país foi

²³⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 412.

²³⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, *Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil*, in *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*, cit., p. 310.

²³⁷ Cumpre registrar que essa redação foi dada pela Lei n. 12. 734/2012, cuja vigência foi suspensa por decisão liminar proferida pela ministra Carmen Lúcia na ADI n. 4.917/DF.

transferida a indivíduos e agentes privados, de forma que grande parte dos *royalties* cobrados e devidos pela exploração daqueles recursos são privados.

Assim, há aqueles que defendem uma mudança legislativa, de forma a permitir que o país possa se apropriar das rendas oriundas de recursos de sua propriedade, embora a proteção da propriedade do agente privado, como as transferências de terras indicadas acima, acabe imperando, na maioria dos casos.

Não obstante, ambas as incidências, privadas e públicas, serão tratadas, separando-se também por tipo de recurso mineral, tal como feito no caso brasileiro.

2.2.1.2.1 Mineração

O *framework* jurídico da atividade minerária nos Estados Unidos é longo, sendo que a lei vigente que trata da regulamentação desse setor data de 1872, o *General Mining Act*, embora, como visto acima, a existência dessa lei foi precedida de diversas leis esparsas, além de verdadeiras *normas sociais* instituídas por indivíduos mineradores e posteriormente normatizadas.

Uma das principais, senão a principal, características da atividade minerária americana é a possibilidade jurídica de propriedade de recursos naturais estratégicos pelo setor privado. O *General Mining Act*, como visto, regula a exploração de minérios do tipo *hardrock* e, desde a sua instituição, não prevê a cobrança de qualquer tipo de *royalty* dos agentes privados pela exploração. Isto é, além da diminuição de controle do Estado sobre a exploração de recursos estratégicos, uma apropriação exclusivamente privada de recursos da nação, embora esse não seja um pressuposto (i.e., nacionalização completa dos recursos minerais) do raciocínio desse país, ao menos não no mesmo grau que ocorreu no Brasil.

Embora se possa defender que o *General Mining Act* tenha servido para permitir a expansão e ocupação²³⁸ do território oeste norte-americano à época, incentivando a

²³⁸ “Since its creation the federal government had practiced an energetic through erratic policy of land disposals, at first favoring sales of undeveloped land, at the best prices obtainable, as a source of revenue, later emphasizing sales at low prices in order to encourage settlement and development; initially trying to deter squatting by heavy penalties, later recognizing the value of squatters’ development contributions by legislation enabling them to make preemptive claims for the purchase at minimal prices of the land they occupied.” (DAINTITH, Terence, *Finders keepers?: how the law of capture shaped the world oil industry*, cit. p. 208).

atividade minerária por garimpeiros, seus regimes e institutos jurídicos não acompanharam a evolução, sendo que, no que tange aos *royalties*, isso significou uma transferência de renda de algo que poderia ser tido como da nação toda (i.e., recurso estratégico para uma nação) para agentes específicos. Ou seja, na realidade, há um subsídio massivo público para essa atividade, no mesmo nível em que se diminuem recursos naturais não renováveis sem qualquer ônus.²³⁹

Discussões para alteração da legislação nesse sentido têm restado infrutíferas, pois “a indústria de mineração evoluiu nos EUA com um senso inflado de direito, uma crença que estava acima de todas as regras, e uma visão de si mesma como salvação do Oeste – ilustrando assim o problema de valores que vivem além de sua utilidade”²⁴⁰. No mesmo sentido, Gordon Morris Bakken destaca que o Legislativo americano simplesmente não conseguiu acompanhar as mudanças ocorridas na indústria, acusando de certa forma uma captura do Congresso, e que questões atinentes à atividade mineral foram sendo moldadas e limitadas a partir de diplomas legais que tratavam de assuntos tangenciais:

Com o passar do tempo, corporações substituíram garimpeiros, a *General Mining Law* ficou congelada na inércia legislativa nas mãos do Congresso, e interesses corporativos mantiveram a legislação longe de ser alterada de forma significativa. Por volta do século vinte, empreendedores encontraram na *General Mining Law* uma lei para extorquir agentes imobiliários, construir chalés de casa e resorts de esqui. [...] A *Mining Law* de 1872 tinha implicações ambientais e de uso de terra não antecipadas pelo Congresso em 1872. Mais importante, quando foi reconhecida a poluição ambiental da mineração o Congresso falhou em revisar a *General Mining Law* quando da aprovação maciça de legislação ambiental em Washington na década de 1970. Na década de 90 o Congresso falhou novamente ao quedar inerte, mas foi constantemente restringida por regulações ambientais estaduais e federais, bem como por litigância e asserções tribais sobre a profanação de seus lugares sagrados.²⁴¹

²³⁹ Vide a nota de rodapé n. 92.

²⁴⁰ DIAMOND, Jared M., *Colapso: como as sociedades escolhem os fracassos ou o sucesso*, cit., p. 308.

²⁴¹ No original: “As time passed and corporations replaced prospectors, the *General Mining Law* in the hands of Congress became frozen in legislative inertia, and corporate interests kept it unamended in any meaningful way. By the twentieth century, entrepreneurs found the *General Mining Law* to be a tool to extort land developers, erect hunting shacks, or develop ski resorts. [...] The *Mining Law* of 1872 had environmental and land-use implications that Congress had not anticipated in 1872. More importantly, when mining was recognized in light of environmental pollution, Congress failed to revise the *General Mining Law* in the midst of the environmental legislation that poured out of Washington in the 1970s. In the 1990s Congress again failed to act, but the *Mining Law* of 1872 was steadily restrained by state and federal environmental regulation as well as litigation and tribal assertions of the desecration of their sacred places.” (BAKKEN, Gordon Morris, *The mining law of 1872: past, politics and prospects*, cit., p. 7).

Na prática, o anseio por instituir um valor de *royalty* para esses tipos de minerais nunca resultou em mudança legislativa, mas meros debates.

Houve tentativas na década de 90 de introduzir novas mudanças, inclusive com alguns projetos de alíquotas de 12,5% do lucro bruto das minas, porém não se deu andamento, como comentou Radford Schantz Jr. em 1994: “Os Estados Unidos estão realizando uma reforma do seu marco regulatório de mineração em terras públicas. Propostas atuais de reforma estabelecem um novo *royalty* sob a mineração de metais e alguns outros minerais em terras públicas”; essa mudança tinha como motivação maior controle e obtenção de algum retorno dessa atividade. Especificamente sobre alíquotas, esse autor afirmou que “a alíquota proposta inicialmente pela atual administração foi de 12,5% sobre a renda bruta da mina. As propostas em trâmite no Congresso geralmente estipulavam 8%”.²⁴²

Para ficar em exemplos mais recentes, houve ao menos quatro projetos de lei visando a implantar a cobrança de *royalties*, todos ainda em tramite legislativo, embora não tenham evoluído. São eles o *Hardrock Mining and Reclamation Act* (HMRA) de 2007²⁴³, 2009²⁴⁴, e 2015²⁴⁵ da Câmara de Deputados e os projetos do Senado de 2015²⁴⁶ e 2017²⁴⁷. Todos esses projetos previam, dentre outras questões de cunho ambiental ou regulatório, a imposição de *royalties* de diferentes formas:

²⁴² No original: “*The USA is undertaking a reform of its law governing mining activities on public lands. Current proposals for reform call for a new royalty on mining of metals and certain other minerals on public land*”; “*the present administration first proposed a rate of 12,5% on gross mine income. Proposals in Congress typically called for 8%*”. (SCHANTZ JR., Radford, Purpose and effects of a royalty on public land minerals, cit., p. 35 – nossa tradução).

²⁴³ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/2262>>. Acesso em: 18 abr. 2018. O último andamento desse projeto foi a remessa ao Subcommittee on Energy and Natural Resources em 05.11.2017.

²⁴⁴ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/699>>. Acesso em: 18 abr. 2018. O último andamento desse projeto foi a realização de audiências pelo Subcommittee on Energy and Mineral Resources em 26.02.2009.

²⁴⁵ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/963>>. Acesso em: 18 abr. 2018. O último andamento desse projeto foi o envio ao Subcommittee on Energy and Mineral Resources em 16.03.2015.

²⁴⁶ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2254>>. Acesso em: 18 abr. 2018. O único andamento foi a sua apresentação em 05.11.2015.

²⁴⁷ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1833/text>>. Acesso em: 18 abr. 2018. Esse projeto foi apresentado em 19.09.2017.

Projeto	Dispositivo
HR 2.262 – 2007	Projeto original – “ <i>Subjects production of locatable minerals from a mining claim to a royalty of 8 % of the net smelter return.</i> ” Versão atualizada – “ <i>(Sec. 102) Subjects production of locatable minerals, including mineral concentrates or products derived from such minerals, to a royalty of 8% of the gross income from mining. Imposes a 4% royalty upon federal lands subject to an existing permit.</i> ”
HR 699 – 2009	Projeto original – “ <i>Subjects production of locatable minerals to a royalty of 8% of the gross income from mining. Imposes a 4% royalty upon federal lands subject to an existing permit, and specified royalties on certain federal land added to an existing operations permit.</i> ”
HR 963 – 2015	Projeto original – “ <i>Subjects production of locatable minerals to a royalty of 8% of the gross income from mining. Reduces that royalty to 4% in the case of federal land subject to an operations permit on the date of the enactment of this Act and produces valuable locatable minerals in commercial quantities on that date.</i> ”
S. 2254 – 2015	Projeto original – “ <i>Production of all locatable minerals from any mining claim shall be subject to a reasonable royalty established by Interior of between 2% and 5% of the gross income from mining for production of all locatable minerals, which may be reduced in certain circumstances.</i> ”
S. 1833 - 2017	Projeto original – “ <i>Production of all locatable minerals from any mining claim located under the general mining laws and maintained in compliance with this Act shall be subject to a royalty established by the Secretary by regulation of not less than 2 percent, and not more than 5 percent, of the gross income from mining for production of all locatable minerals.</i> ”

No caso, percebe-se que há ao menos uma tentativa de introdução de *royalties* federais (incidentes sobre terras federais) nos Estados Unidos, sendo que o U.S Government Accountability Office (GAO) inclui a necessidade de introdução de *royalties* como um de seus assuntos chaves. Constata-se que a preocupação sobre a ausência de *royalties* sobre esse tipo de mineração é algo recorrente em documentos oficiais, principalmente a partir de relatórios do GAO para fins de sua manifestação em diversos comitês perante o Legislativo; a título de exemplo, o relatório oficial GAO-09-854T, de 2008, dizia que:

O *General Mining Act* de 1872 ajudou a abrir o Oeste ao permitir indivíduos obterem direitos exclusivos para minerar bilhões de dólares de minerais *hardrock*, incluindo ouro, prata, cobre, urânio e outros depósito de minérios valiosos pertencentes aos Estados Unidos sem o pagamento de um *royalty* federal. Receitas adicionais poderiam ser geradas a partir da emenda do *General Mining Act* de 1972 para permitir ao governo federal a coleta de *royalties* federais oriundos da extração de minério em terras federais.²⁴⁸

²⁴⁸ No original: “*The General Mining Act of 1872 helped open the West by allowing individuals to obtain exclusive rights to mine billions of dollars worth of hardrock minerals, including gold, silver, copper, uranium, and other valuable mineral deposits on land belonging to the United States without having to pay a federal royalty. Additional revenues could be generated by amending the General Mining Act of 1872 so that the federal government could collect federal royalties on minerals extracted from federal lands.*” (Disponível em: <https://www.gao.gov/key_issues/hardrock_mining_federal_lands/issue_summary#t=0>. Acesso em: 22 nov. 2017 – nossa tradução).

De todo modo, projetos de instituição de *royalties* federais não evoluíram de forma significativa. No âmbito estadual, por sua vez, diversos Estados instituíram *royalties* sobre a exploração de seus recursos naturais, ao contrário da esfera federal, sendo que, em alguns casos, conforme destacado no relatório acima indicado, alguns desses mesmos Estados possuem *royalties funcionais*, ou seja, tributos que funcionam como um *royalty*.

O Estado do Alaska é um bom exemplo. Ele introduziu em seu ordenamento a cobrança de *royalties* em 1989, por meio do *Alaska Statute 38.5.2012*, que exige de mineradoras o pagamento de *royalties* incidentes sobre todas as receitas obtidas dos minerais produzidos em terras estaduais. Informa o Alaskan Department of Natural Resources que “a exigência de *royalty* de produção se aplica a todas as receitas oriundas de minérios produzidos por uma *claim* estadual de mineração ou arrendamento mineral durante cada ano-calendário ou ano fiscal”²⁴⁹. No caso, a alíquota incidente é de 3% sobre o lucro líquido. Também há nesse Estado um imposto de renda específico sobre lucro obtido a partir da mineração, com alíquotas progressivas, alcançando um máximo de 7%, a ser aplicado sobre receitas acima de cem mil dólares.²⁵⁰

O Estado da Califórnia, conforme seu *Public Resources Code*, também institui cobrança geral de *royalties*, à exceção dos casos de petróleo, que serão tratados adiante, determinando que o arrendamento de terras estaduais contendo minerais também deverá conter regras sobre *royalties*, os quais:

[...] poderão ser recebidos *in natura*, ou o *royalty*, a ser recebido em dinheiro ou *in natura*, por opção da comissão, de não menos que 10 por cento da receita bruta de toda a produção mineral da terra arrendada, subtraídos quaisquer valores aprovados pela comissão que foram incorridos com transporte ou processamento da parcela estadual da produção de *royalty*, ou uma porcentagem, a ser determinada pela comissão, do lucro líquido decorrente da extração mineral realizada sob arrendamento.²⁵¹

²⁴⁹ No original: “*the production royalty requirement applies to all revenues received from minerals produced from a state mining claim or mining lease during each calendar or fiscal year*” (Disponível em: <http://dnr.alaska.gov/mlw/factsht/mine_fs/producti.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017 – nossa tradução).

²⁵⁰ Disponível em: <<http://www.tax.alaska.gov/programs/programs/index.aspx?60610>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

²⁵¹ No original: “[...] *which may be taken in kind, of either a royalty, to be taken in money or in kind, at the option of the commission, of not less than 10 percent of the gross value of all mineral production from the leased lands, less any charges approved by the commission that were made or incurred with respect to transporting or processing the state's royalty share of production, or a percentage, to be determined by the commission, of the net profits derived from mineral extraction operations under the lease.*” (*California Public Resources Code* § 6895. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ca/public-resources-code/prcsect-6895.html>>. Acesso em: 22 nov. 2017 – nossa tradução). Vale destacar a ressalva do § 6896: “*Until the permittee applies for a lease as to that portion of the area described in the permit herein provided, he*

O Estado de Colorado também prevê a cobrança de *royalties* sobre a produção-exploração de minérios em terras de sua propriedade, mas não há uma alíquota geral a ser aplicada, mas sim estabelecida caso a caso, a partir de decisão do Board of Land Commissioners, nos termos do *Title 36 Natural Resources, General* § 36-1-113 do *Colorado Revised Statutes*, o qual dispõe que: “Se recursos minerais ou geotérmicos são encontrados em terras estaduais, estas terras poderão ser arrendadas com a finalidade de remover estes recursos por determinado período e condicionada ao pagamento de *royalty* ao conselho, na forma que este determinar.”²⁵²

No caso, destaca-se que há um tratamento idêntico para a exploração petrolífera ou minerária, a depender do minério, havendo alguns, como ouro e urânio, com tratamento diferenciado; a alíquota a ser estipulada depende do tipo de minério a ser explorado, o potencial de produção e o local onde se encontra a mina.²⁵³

Registra-se que os Estados permitem deduções específicas sobre o que entendem como receita ou lucro líquido, cabendo em alguns casos dedução de tributos, valores pagos com transporte etc.

No âmbito federal, verifica-se que há interesse em instituir uma cobrança de *royalties*, havendo consciência de que o Estado está abrindo mão de seus recursos minerais sem qualquer contrapartida. Contudo, isso não se traduziu em mudança política.

2.2.1.2.2 Petróleo

Originalmente, dada a pequena produção, bem como o pouco uso como fonte energética, a exploração do petróleo se dava sob a égide da *General Mining Law* de 1872, que permitia uma grande apropriação de recursos naturais estratégicos (bem como a

shall pay to the State 20 per cent of the gross value of the minerals secured by him from the lands embraced within his permit and sold or otherwise disposed of or held by him for sale or other disposition.”

²⁵² No original: “*If geothermal resources or mineral resources are found upon the state land, such land may be leased for the purpose of removing such resources for such length of time and conditioned upon the payment to the board of such royalty upon the product as the board may determine.*” (Disponível em: <<https://codes.findlaw.com/co/title-36-natural-resources-general/co-rev-st-sect-36-1-113.html>>. Acesso em: 22 nov. 2017 – nossa tradução).

²⁵³ Disponível em: <<https://www.colorado.gov/pacific/statelandboard/mining>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

propriedade do solo), comprometendo inclusive a segurança energética, a partir de uma produção desordenada e sem qualquer tipo de controle.

Mais grave, a referida lei nunca impôs a cobrança de *royalties* pela exploração de recursos naturais não renováveis, embora ao longo dos anos tenham surgido projetos visando a implantar essa cobrança, todos sem êxito.

Em virtude das deficiências da lei, com a perda de receitas na exploração de um bem público, caso a exploração ocorresse em terras públicas, do uso deturpado da lei para a aquisição de terras públicas por valores ínfimos²⁵⁴, bem como da mudança na matriz de energética, o país optou por destacar alguns recursos da lei geral, sujeitando-os a um novo regime, que manteria a propriedade pública e permitiria o acesso para fins de exploração por meio de acessão. Como destacado por Terrence Daintith, o Congresso americano não tinha a exploração de petróleo em mente ao aprovar o *General Mining Act*.

A exploração de petróleo (e de carvão, para ser preciso) era vista como distinta, sendo necessária a implantação de um regime diferente. Assim, e apesar das ressalvas ideológicas do país sobre limitações ao regime de propriedade, procedeu-se a uma segregação entre solo e recursos naturais, tendo sido utilizado o Estado de Utah como laboratório para o experimento da viabilidade do novo regime, em 1909-1912, para alguns minérios, para depois ser ampliado o uso desse regime.²⁵⁵

²⁵⁴ De forma sucinta: “*The law permits citizens and businesses to prospect for hardrock minerals on those public lands not withdrawn from mining, and to file a claim, which gives them the right to explore, develop, mine, and sell hardrock minerals from the claim [...] without paying a royalty. Further, up until 1994 a claim holder could obtain title – called a patent – to the land and mineral rights upon demonstrating the discovery of economically recoverable minerals. Patenting basically means that the title to the land and mineral rights are conveyed to the claimant – the mineral lands become private property.*” (LAZZARI, Salvatore. *The federal royalty and tax treatment of the hardrock mineral industry: an economic analysis*. Washington, DC: Congressional Research Service, 2008. (CRS Report for Congress, RL34268). Mais: “*Where there was a recoverable mineral deposit, the claimant could apply to purchase, for a nominal amount, a patented title to surface and mineral rights.*” (MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 318).

²⁵⁵ “*Acts of 1909 and 1910 allowed limited agricultural entries on coal lands, an approach extended by an act of 1912 to oil, gas and phosphate land, but only in Utah. This stated had apparently been selected as unimportant enough to be the locus of an experiment that was generally unappealing to western interest in Congress, who therefore decided ‘to try it first on the dog’. The dog survived, and after a second experiment under 1913 legislation applying only to Idaho, non-mineral patents were in 1914 generally authorized on withdrawn lands containing phosphate, nitrate, potash, oil, gas, or asphaltic deposits, with a reservation to the united States of such deposits.*” (DAINTITH, Terrence, *Finders keepers?: how the law of capture shaped the world oil industry*, cit., p. 231).

Com a nova legislação, partindo da visão da exploração *onshore*, impôs-se a cobrança de *royalties* na exploração de recursos petrolíferos, com uma distinção inicial entre arrendamentos competitivos e não competitivos, de reservas conhecidas e não conhecidas, com 5% de *royalties* sobre 25% da área arrendada em estruturas desconhecidas e 12,5% no restante das estruturas. Posteriormente, em 1935, houve uma alteração para unificar as alíquotas de *royalty* para manter o patamar único de “não menos de” 12,5%, conforme a seção 17 (b)(1)(a) do *Mineral Leasing Act*.

Destaca-se que, ao menos por um breve período, os Estados Unidos também experimentaram regimes de partilha de produção, aceitando, como forma de pagamento de sua parcela de *royalties*, uma porcentagem da produção diária, o programa *royalty in-kind*, cujas alíquotas eram as mesmas do pagamento no *royalty in-value* (pagamento em moeda corrente), o que era permitido tanto pelo *Mineral Leasing Act* para exploração *onshore* quanto pelo *Outer Continental Shelf Lands Act* para exploração *offshore*. O capítulo 149 do título 42 da legislação federal americana, que trata de programas nacionais de política energética, faculta exigir o pagamento de *royalties* na forma de porcentagem da produção.²⁵⁶

No caso, e partindo de uma recomendação à época do Mineral Management Service de que essa mudança na forma de arrecadação poderia ser mais eficiente e aumentar as rendas auferidas, iniciaram-se programas pilotos em alguns Estados e arrendamentos específicos para verificar a viabilidade de sua reprodução no nível federal²⁵⁷. Apesar da facilidade e eficiência atribuída ao programa, foram enfrentadas diversas dificuldades, tendo sido produzido um relatório pelo Government Accountability Office, no qual se afirma que o “MMS não fornece garantia razoável de que recebe sua parcela de gás, resultando em milhões de receitas perdidas”.²⁵⁸

Este relatório, produzido em 2009, constatou haver uma assimetria de informação entre o órgão fiscalizador e as empresas, impossibilitando a averiguação de possíveis

²⁵⁶ “(b) *Terms and conditions. All royalty accruing to the United States shall, on the demand of the Secretary, be paid in-kind. If the Secretary makes such a demand, the following provisions apply to the payment.*” (Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/15902>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

²⁵⁷ Neste sentido, vide o *Supporting Statement for Royalty-In-Kind (RIK) Pilo Program* (Disponível em: <https://www.onrr.gov/laws_r_d/frnotices/PDFDocs/ICR0126SS03.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018).

²⁵⁸ No original: “MMS does not provide reasonable assurance it receives its shares of gas, resulting in millions in forgone revenue”.

débitos, além de deficiências em fiscalizações e dificuldades em apurar informações acuradas sobre a produção²⁵⁹. Houve também algumas polêmicas atribuídas a esse programa, sendo que o secretário do Interior em 2009, Ken Salazar, teria afirmado que esse programa era uma “mancha” em seu departamento²⁶⁰. Assim, foi anunciada a descontinuação do programa em setembro de 2009.²⁶¹

As críticas direcionadas à legislação não decorriam da ausência de previsão de cobrança, mas sim de alegações que os valores cobrados, ao menos em nível federal, estavam defasados e sequer condizentes com os patamares cobrados pelos Estados para a exploração de recursos de sua propriedade. Nesse sentido, o Center for Western Priorities²⁶² resume os avanços e retrocessos legislativos, destacando que:

Os últimos seis orçamentos do Departamento do Interior previam um aumento da alíquota de *royalties onshore*, mas nenhuma ação foi adotada. O esforço atual de modernizar alíquotas de *royalties* pelo presidente Obama não é novo. De fato, durante o mandato do presidente George W. Bush o secretário do Interior Dirk Kempthorne aumentou duas vezes o valor de *royalties offshore* para refletir valor justo de mercado: primeiro de 12,5 por cento para 16,67 por cento, e novamente para 18,75 por cento.²⁶³

Apesar das dificuldades em aumentar alíquotas no nível federal, alguns Estados, principalmente da Região Oeste dos Estados Unidos – que sustentam a perda de receitas essenciais na exploração de recursos petrolíferos federais em seus territórios – implantaram alíquotas maiores na exploração de recursos petrolíferos estaduais. Para facilitar a visualização das discrepâncias entre alíquotas, o relatório acima indicado

²⁵⁹ Para uma noção geral histórica do programa e a forma como ocorria o posterior beneficiamento e venda do petróleo, vide: ZIMMERMAN, Joseph J; BULLERDICK, Kim H. Federal royalty oil eligibility requirements: the ‘plateau’ legacy. *Natural Resources Lawyer*, v. 16, No. 4, p. 597-611, 1984.

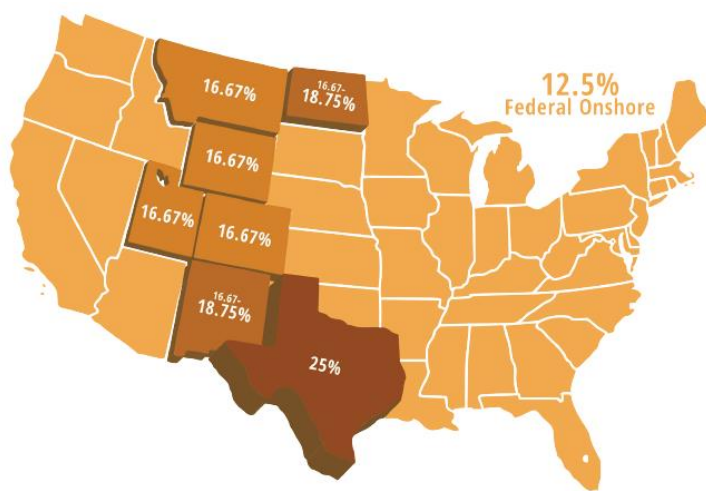
²⁶⁰ Disponível em: <<http://www.nytimes.com/gwire/2009/09/16/16greenwire-interior-to-eliminate-royalty-in-kind-program-81731.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 04 jan. 2018. Vide também em: <<https://www.doi.gov/news/pressreleases/Interior-Completing-Close-Out-of-Royalty-in-Kind-Program>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²⁶¹ Disponível em: <https://www.onrr.gov/About/pdfdocs/PASO_Sept82012.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²⁶² Esse instituto se apresenta como uma organização que defende conservação e interesse referentes a práticas e políticas responsáveis no Oeste americano. O Politifact classifica as informações apresentadas pelo instituto como “*mostly true*” (Disponível em: <<http://www.politifact.com/personalities/center-western-priorities/>>. Acesso em: 02 jan. 2018).

²⁶³ No original: “*Each of the previous six Department of the Interior budgets called for increasing the onshore rate, but no action has been taken. The current effort by President Obama to modernize royalty rates is no precedent. In fact, under President George W. Bush, Interior Secretary Dirk Kempthorne twice increased offshore royalty rates to reflect fair market value: first from 12.5 percent to 16.67 percent, then again to 18.75 percent.*” (Center for Western Priorities. *A fair share: the case for updating oil and gas royalties on our public lands*. Jun. 18 2015. Disponível em: <http://www.westernpriorities.org/wp-content/uploads/2015/06/Royalties-Report_update.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2018 – nossa tradução).

apresenta o mapa seguinte, montado a partir de correspondências pessoais com os órgãos responsáveis dos respectivos Estados (*e.g.*, Colorado – Board of Land Commissioners; Texas – General Land Office; New Mexico – State Land Office):



North Dakota and New Mexico adjust royalty rates on state lands based on the location of known production areas and the likelihood of discovering oil and gas. New Mexico charges 16.67 percent on more speculative lands and 18.75 percent inside known production areas. Similarly, a 16.67 percent royalty is charged in most of North Dakota, but the state levies an 18.75 percent in the counties lying above the Bakken Formation.

O Government Accountability Office, para usar uma fonte estatal, também apresenta as mesmas alíquotas:²⁶⁴

Table 1: Federal and State Royalty Rates for New Onshore Oil, Gas, and Coal Leases, as of March 2017

Percentages

Federal rate	Oil and gas	Coal surface	Coal underground
Onshore	12.5 ^a	12.5	8
Selected state rates			
Colorado	20.0	12.5	8
Montana	16.67	12.5 ^b	10
New Mexico	12.5 to 20.0 ^c	12.5	8
North Dakota	16.67 or 18.75	Varies ^d	Varies ^d
Utah	12.5 to 16.67 ^e	8.0 ^f	8 ^f
Wyoming	12.5 or 16.67 ^g	12.5	8

Sources: GAO analysis of federal laws and regulations, and state officials. | GAO-17-540

²⁶⁴ Government Accountability Office. *Oil, gas, and coal royalties: raising federal rates could decrease production on federal lands but increase federal revenue.* Disponível em: <<https://www.gao.gov/products/GAO-17-540>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

Desse mapa, vale destacar apenas dois Estados, Texas²⁶⁵ e North Dakota²⁶⁶, o primeiro praticando alíquota de 25% e o segundo 18,75%. Sendo esses os dois maiores produtores de petróleo dos Estados Unidos, há em seus territórios propriedade privada, federal e estadual de recursos petrolíferos, com alíquotas distintas, a depender do proprietário. Destaca-se que o Texas, por exemplo, pode receber seus *royalties in natura*, havendo um programa *in-kind*. Cabe ainda destacar que os valores calculados para *royalties* em North Dakota e Texas não permitem quaisquer deduções a título de transporte ou seguro.²⁶⁷

Outro Estado que merece atenção, principalmente pela importância socioeconômica local da atividade, é o Estado do Alasca. Além de cobrar *royalties* na exploração – que poderão ser recebidos *in natura*, com alíquota variando de 5 a 60%, porém geralmente estipulada em 12, 5%²⁶⁸, as partes do arrendamento (*lease*) podendo negociar despesas dedutíveis –, também impõe um tributo de produção (*production tax*) que funciona de forma semelhante ao *royalty*. No caso, esse *production tax* é a maior fonte de receita do *government take* da exploração de petróleo no Alasca, cobrado sobre o lucro líquido da produção após a dedução de despesas, sendo imposta uma alíquota base de 35% e um valor progressivo de 0,4% por cada dólar de lucro por barril que exceda US\$ 30.00 até US\$ 92.50, a partir do qual será cobrado 0,1% por cada dólar adicional de lucro²⁶⁹. Embora este trabalho esteja voltado para a cobrança de *royalties*, por haver distinção na natureza da cobrança, entende-se como adequado apresentar essa segunda incidência.

²⁶⁵ Conforme informado pelo General Land Office, as alíquotas podem variar de 20 a 25%, podendo inclusive ser recebido *in-kind* na forma *in natura* (Disponível em: <<http://www.glo.texas.gov/energy-business/oil-gas/mineral-leasing/overview/index.html>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

²⁶⁶ BACKMAN, Kimberly A. North Dakota. In: STRONG, Christopher B. (Ed.). *The oil & gas law review*. 4th ed. London: Law Business Research, 2016. Cap. 20, p. 219-229. Conforme destacado pela autora, as alíquotas geralmente praticadas são entre 12,5% até 20%, embora possa haver negociação para a utilização de outro patamar. O North Dakota Department of Trust Lands disponibiliza suas regras para os *royalties* na exploração de petróleo: “*The lease shall provide for a one sixth (1/6) royalty of all oil and gas produced from the leased premises in all counties except Billings, Divide, Dunn, Golden Valley, McKenzie, Mountrail and Williams counties, which will be set at three/sixteenths (3/16). The fraction of percentage established by the board as a royalty shall be construed to mean such fraction or percentage of the net mineral interests.*” (Disponível em: <<https://land.nd.gov/Docs/Minerals/rules.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

²⁶⁷ North Dakota (Disponível em: <<https://land.nd.gov/Docs/FinancialServices/FAQ-Royalties.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018); Texas (Disponível em: <<http://www.glo.texas.gov/energy-business/oil-gas/rrac/forms/oil-and-gas-reporting-manual.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

²⁶⁸ Disponível em: <<http://dog.dnr.alaska.gov/About/Definitions?startingLetter=R>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²⁶⁹ Alaska Department of Revenue. *Alaska's oil and gas fiscal regime: a closer look from a global perspective*. Jan. 2012. p. 24. Disponível em: <<http://www.dor.alaska.gov/Portals/5/Docs/Publications/acloserlook.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

A exploração *offshore*, por sua vez, está submetida ao *Outer Continental Shelf Lands Act* de 1953, o qual distingue a área marítima federal da estadual, 3 milhas a partir da costa, e regula a forma como será realizada a exploração petrolífera. Essa legislação separa a *outer continental shelf* norte-americana em quatro regiões distintas, Atlântica, Golfo, Pacífico e Alasca, sendo que o arrendamento a ser realizado nessa “região” deve ocorrer de forma a assegurar “o recebimento do justo valor de mercado por terras arrendadas e os direitos transferidos pelo governo federal” para a sociedade, sendo estabelecido pela legislação que a alíquota de *royalties* a ser estipulada não poderia ser menor do que 12,5%, posteriormente majorada para 18,75%, em 2007. O aumento teria sido uma resposta ao recorde de lucros da indústria, pois o sistema implantado não estaria garantindo um retorno adequado à sociedade, embora os arrendamentos (*leases*) originais não tenham sido afetados.²⁷⁰

A legislação atribui amplos poderes ao secretário do Interior²⁷¹ para regulamentar a exploração *offshore*, embora tenha a necessidade de observar ou garantir um retorno justo ao país, havendo vários casos de diminuição de *royalties* para incentivar a atividade em uma região específica da *outer continental shelf*, como leilões recentes para exploração do Golfo do México, que foram realizados com uma redução para o patamar de 12,5%. A justificativa do Bureau of Ocean Energy Management (BOEM) foi pela queda de exploração em regiões de águas rasas. No que tange à exploração em águas profundas, os Estados Unidos também realizaram programas de *royalty relief* para uma dada produção.

Embora ao menos haja previsão de cobrança de *royalties* na exploração petrolífera, o Government Accountability Office dos Estados Unidos, desde 2011, incluiu o gerenciamento desses recursos naturais no nível federal e sua exploração na sua lista *high-risk*. Esse órgão constatou que o Departamento do Interior não possuía dados precisos das receitas da exploração, razão pela qual o monitoramento de arrecadação da exploração *offshore* foi reorganizado em 2013, como indica o relatório de fevereiro de 2017 da *High risk series*.

²⁷⁰ No original: “*receipt of fair market value for the lands leased and the rights conveyed by the federal government*” (Government Accountability Office. *Oil and gas royalties: the federal system for collecting oil and gas revenues needs comprehensive reassessment*. p. 17 e ss. Disponível em: <<https://www.gao.gov/products/GAO-08-691>>. Acesso em: 04 jan. 2018 – nossa tradução).

²⁷¹ “(2) *Payments and revenues (A) The Secretary shall establish royalties, fees, rentals, bonuses, or other payments to ensure a fair return to the United States for any lease, easement, or right-of-way granted under this subsection.*” (Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/43/1337>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

2.3 Semelhanças e diferenças na cobrança de *royalties*

Em ambos os casos, com suas especificidades, os Estados impõem (ou ao menos tentam impor) a cobrança de *royalties* da exploração de seus recursos minerais e petrolíferos como forma de ressarcir o proprietário desses recursos pela sua diminuição, que constituem a principal fonte de receita não tributária. De qualquer forma, há diferenças significativas na garantia de retorno da sociedade pela exploração de seus recursos minerais.

No Brasil, a cobrança de *royalties* é praticamente atrelada às atividades de exploração minerária e petrolífera, e o ordenamento jurídico vigente prevê expressamente a cobrança dessa receita. Embora se possam discutir ajustes em questões de base de cálculo ou a necessidade de alterar alíquotas, existe, ao menos, a garantia de recebimento de algum valor. A discussão brasileira não se dá, portanto, quanto à cobrança ou não da receita, mas ao nível do retorno (percentual de cobrança, base de cálculo, valores dedutíveis etc.) que seria adequado.

Nos Estados Unidos, o cenário é mais complicado, pois nunca foi instituída cobrança de *royalties* na exploração minerária, o que implicou, pela estrutura de propriedade, a alienação de terras públicas, virtualmente ausente de amarras e obrigações para os agentes privados, e, principalmente, sem qualquer obrigação de explorar o recurso mineral do subsolo. Alguns Estados, porém, não ficaram inertes e, para suprir essa deficiência, instituíram a cobrança de valores para a exploração de recursos minerais estaduais. Essa falha não se repetiu na exploração petrolífera, tendo sido reconhecido o caráter estratégico desse recurso desde o início de sua regulação, iniciada com o destacamento do petróleo do regime geral de acesso amplo e apropriação privada. Não obstante, os desafios enfrentados na seara de *royalties* petrolíferos decorrem dos baixos valores cobrados e da falta de sua atualização, o que está sendo contrabalanceado mais uma vez pelos Estados, que cobram valores significativamente mais altos.

Posta essa diferença, cabe ainda analisar dois pontos que se destacaram na pesquisa: o regime de partilha e a semelhança entre o *production tax* e a participação especial.

O primeiro ponto a ser destacado é o referente ao regime de partilha, sistema de exploração adotado pelo Brasil quando da descoberta da reserva na camada pré-sal. Nesse modelo, o Estado mantém a propriedade sobre os recursos na exploração, não havendo um pagamento monetário como contraprestação, mas sim uma partilha do excedente em óleo entre o ente público e a entidade exploradora, além de ser devido ao ente público sua parcela de *royalties* calculada sobre o volume de produção.

Quando da aprovação desse regime, debates jurídicos acirrados surgiram, afirmando boa parte da doutrina que se tratava de um instituto jurídico inadequado e ultrapassado, vez que era adotado por ordenamentos jurídicos periféricos e sem qualquer tradição na exploração²⁷². Em outras palavras, o Brasil teria adotado um regime de exploração ineficiente e inadequado, utilizado por países que beiram o autoritarismo ou um estatismo excessivo²⁷³ e, enquanto isso, ordenamentos jurídicos mais maduros adotam o regime de concessão tradicional.

Esse entendimento, contudo, não é preciso. Embora o peso do setor privado sobre alocações econômicas nos Estados Unidos seja visto como usualmente menor, observou-se, ao menos em um momento, a adoção de um semirregime de partilha, a partir da adoção de programas de recebimento de *royalties in kind (in natura)*, substituindo o de recursos monetários pelo produto da exploração, garantindo, tal como no Brasil, a propriedade ampla dos recursos minerais explorados e uma maior participação na receita. Em que pese a eliminação do programa federal de partilha de petróleo nos Estados Unidos, esse tipo de recebimento de *royalties* na forma de petróleo ainda existe em vários Estados, sendo que, pelo menos no caso do Alasca, há a possibilidade de cobrar alíquotas maiores do que as praticadas no Brasil.

O recebimento de *royalties in natura*, tal como possibilitado pelo regime de partilha, não constitui uma aventura jurídica, mas sim a possibilidade de garantir uma arrecadação maior para o proprietário dos recursos.

²⁷² O primeiro contrato dessa natureza foi celebrado pela Indonésia em 1966 (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 312).

²⁷³ Esse regime também é adotado na Angola, Líbia, Tanzânia, Bolívia, Moçambique, Turquia, Colômbia, Nigéria, Venezuela, Equador, Paquistão, China, Índia, Senegal e Malásia (LIMA, Paulo César Ribeiro. *Pré-sal: o novo marco legal e a capitalização da Petrobras*. Rio de Janeiro: Synergia, 2011. p. 136).

Outro ponto que merece atenção, embora não tenha sido objeto direto do trabalho, é a aproximação de uma exação estatal do Alasca ao que se denomina no Brasil de participação especial.

A chamada *participação especial* está prevista no artigo 50 da Lei n. 9.478/98 e é devida nos regimes de contrato de concessão quando houve um grande volume de produção ou grande rentabilidade. Como destacado por Fernando Facury Scaff, essa cobrança

[...] se justifica em razão da álea existente na atividade de pesquisa e exploração, pois os estudos podem indicar que haja um volume X de petróleo ou gás e, surpreendentemente, ser encontrada quantidade superior ou um tipo de produto que seja mais valioso que o esperado ou ainda, que ocorra extraordinária valorização daquele produto no mercado.²⁷⁴

A ideia por trás da cobrança é garantir uma participação estatal nesses lucros extraordinários que o agente privado auferirá na exploração de um recurso estatal de qualidade superior ou possibilitar ao Estado acompanhar os fluxos do mercado de um produto que é de sua propriedade. Para ser mais claro, essa cobrança visa a incidir como “uma espécie de *royalty* incidente sobre o lucro da exploração”, com “alíquota progressiva por volume de produção”²⁷⁵ permitindo deduções amplas da base de cálculo.

Observa-se cobrança semelhante no Estado do Alasca, na forma do seu *production tax*, a maior fonte de receita petrolífera daquele Estado, que supera inclusive os *royalties*, cobrado sobre o lucro líquido da exploração, o que permite também a dedução ampla da base de cálculo, com a aplicação de uma alíquota progressiva a partir do lucro auferido pela empresa exploradora. Como destacado acima, aplica-se uma alíquota geral e um valor progressivo a partir de cada dólar de lucro por barril.

Em ambos os casos houve uma atenção especial para os fluxos do mercado em relação aos recursos petrolíferos, permitindo ao Estado uma apropriação maior de valores decorrentes da exploração de um dos seus bens.

²⁷⁴ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 223.

²⁷⁵ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 225.

3 FEDERALISMO PATRIMONIAL E RATEIO DE RECEITAS MINERAIS E PETROLÍFERAS

3.1 Federalismo brasileiro e americano

Apresentar uma definição efetiva e completa do que se entende por federalismo²⁷⁶ não é tarefa simples, dada a popularidade dessa estrutura organizacional de poder e a diversidade de países que o adotaram:

A federação está presente em todos os continentes. Com sua origem estabelecida na América, passou pela Europa e pela África e, também, pela Ásia e Oceania. Nos dias que correm, segundo o *Forum of Federations*, há, aproximadamente, 25 estados federais que representam 40% da população mundial. São eles: África do Sul (a partir de 1996), Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica (desde 1993), Bósnia e Herzegovina, Brasil, Canadá, Comores, Emirados Árabes Unidos, Espanha, Estados Unidos, Etiópia (a partir de 1995), Índia, Malásia, México, Micronésia, Nepal (desde 2008), Nigéria (a partir de 1999), Paquistão, Rússia, São Cristóvão e Nevis, Suíça e Venezuela. Segundo o estudo, Iraque e Sudão caminham para a adoção do modelo federativo.²⁷⁷

Diante de toda essa diversidade, é impossível “esgotar todas as questões a ele inerentes”²⁷⁸, pois a ideia da divisão horizontal, vertical e interna de competências (dentre outros fatores) ganha dimensões próprias, a depender do contexto em que está inserida.

É preciso verificar como o federalismo foi implantado historicamente em ambos os países e a atual conjuntura dessa organização interna, com destaque para os objetivos do federalismo e o que ele implica na prática. A ideia, portanto, é primeiro apresentar algumas

²⁷⁶ “Tem-se distinguido federalismo e federação, apesar de certa parte da doutrina entender que essa distinção constitui dois aspectos diferentes do mesmo fenômeno. O termo federalismo, em uma primeira perspectiva, vincula-se a ideias, valores e concepções do mundo, que exprime filosofia compreensiva da adversidade na unidade. A federação é entendida como forma de aplicação concreta do federalismo, objetivando incorporar as unidades autônomas ao exercício de um governo central, sob bases constitucionais rigorosas. Vincula-se, também, o federalismo ao pluralismo, bem como à ideia de descentralização. G. Scelle, mencionado por Maurice Croizat, afirma que a federação repousa sobre a Constituição que contém princípios e mecanismos federais. No que se refere aos princípios, são destacados três: o princípio de autonomia e o princípio de participação.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Organização do Estado: federalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 1, p. 123. (Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional, v. 3).

²⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. In: LEITE, George Salomão et al. (Coords.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016. Parte 2, cap. 5, p. 76.

²⁷⁸ MARQUES, Mauro Luiz Campbell. (As)simetrias no federalismo brasileiro. In: LEITE, George Salomão et al. (Coords.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 61.

questões gerais sobre o federalismo, para depois contextualizar a formação histórica no Brasil e nos Estados Unidos, até se chegar à distribuição de receitas.

Na essência, o objetivo central do federalismo é instituir uma descentralização de poderes entre entes (*lato sensu*), garantindo algum grau de autonomia e competência financeira-tributária, pois o “federalismo não deveria ser entendido como uma estrutura estática, mas como um processo”²⁷⁹. Nesse sentido, é preciso sair de uma lógica essencialmente nominalista e apegada apenas a uma *estrutura* federativa de entes de diferentes níveis (*e.g.* União, Estado, Município), pois isso não implica necessariamente uma *essência* federativa.

A lógica da análise deve ser a da descentralização de poder, o que pode ocorrer tanto em Estados unitários quanto em Estados federativos. Exemplos disso são a estrutura federativa brasileira, com competências elencadas para cada ente federativo, porém com amplos poderes da esfera federal, principalmente a partir da capacidade financeira (*e.g.* endividamento e preferência pela adoção de contribuições, as quais não são partilhadas) e a Espanha, Estado unitário, com ampla distribuição de poderes para as regiões, as quais, em alguns casos, possuem até idioma próprio. Ou seja, uma análise não deve se apegar à mera classificação de um país, mas como se enxergam as formas de organização interna a partir da descentralização de poder.

A origem dessa forma de organização e descentralização é controversa. Há autores que defendem que o federalismo moderno, como é atualmente compreendido, surgiu nos Estados Unidos, a partir da revolução e a promulgação de sua Constituição, enquanto outros afirmam que a sua forma de organização seria apenas uma repetição do que a civilização romana teria implantado. Silvio Meira²⁸⁰ parte da segunda corrente, afirmando

²⁷⁹ Gilberto Bercovici, ao citar Carl Friedrich, afirma ainda que “a dificuldade gerada pelas incertezas das conceituações jurídicas sobre federalismo surge da categoria ‘Estado’, ou seja, da visão do federalismo como entidade estática. O federalismo não poderia ser considerado como uma forma fixa e precisa de divisão de poderes entre autoridades centrais e subnacionais. O federalismo, na realidade, deveria ser visto como um processo de federalização de uma comunidade política (*federalizing process*). Este processo pode ocorrer de duas formas: mediante a concordância de várias organizações políticas separadas (dotadas de ‘estatalidade’ ou não) em chegar a resoluções conjuntas sobre problemas comuns; ou, então, através da descentralização de uma organização política unitária até o ponto em que surgem comunidades políticas separadas e distintas, dotadas de organização política própria, capazes de resolverem problemas distintos de maneira separada” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 147-148).

²⁸⁰ MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. Federalismo e centralização. *Revista de Ciência Política*, Instituto de Direito Público e Ciência Política, v. 22, n. 3, p. 88 jul./set. 1979.

que “a federação não constitui fórmula mágica oferecida ao mundo pelos americanos, que apesar de sua origem anglo-saxônica, foram buscar, para o seu Direito Público, muitas riquezas do tesouro romano”, isto é “muito do que hoje existe, ou do que se faz, ou do que se pensa, já foi vivido, feito e pensado pela civilização romana”. Fabio Konder Comparato²⁸¹, por sua vez, diverge desse posicionamento, afirmando que “como todos sabem, o estabelecimento do regime federativo nos EUA foi uma grande criação política. Até aquele momento não havia federações, havia confederações. Não havia, portanto, um poder central interno na confederação”.

Feita essa contextualização, é possível destacar, para fins deste trabalho, algumas características gerais do que constitui o federalismo. Na essência, não se trata de uma forma estatal oposta à unidade, mas sim de uma forma de organização cujo objetivo seria a unidade, porém com respeito à pluralidade e, “para garantir a unidade (fim), o Estado possui determinada forma de organização (meio) mais ou menos centralizada”²⁸². Enquanto em alguns países a concessão de autonomia e poderes partiu de questões culturais (*e.g.* Espanha, novamente), em outros ela partiu de uma questão nitidamente financeira e de distribuição de competências de gastos públicos (*e.g.* Brasil).

Embora não haja uma definição definitiva das características dessa forma de organização, a doutrina aponta alguns traços institucionais que caracterizam o federalismo.²⁸³

Para Gilberto Bercovici:

O fundamento da Federação é a constituição rígida comum. Os diferentes centros de poder político não são dotados de hierarquia uns em relação aos outros. Um não é superior ao outro. O que diferencia cada membro da Federação é a

²⁸¹ COMPARATO, Fabio Konder. *Educação, Estado e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 47.

²⁸² BERCOVICI, Gilberto, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, cit., p. 147.

²⁸³ Falando especificamente sobre o federalismo americano, Bernard Schwartz afirma que ele abarca: “(i) como em todas as federações, a união de um número de entidades políticas autônomas (os estados) para fins comuns; (ii) a divisão dos poderes legislativos entre o Governo nacional e os estados constituintes, divisão esta governada pela regra de que o primeiro é um ‘governo de poderes enumerados’, enquanto os últimos são governos de ‘poderes residuais’; (iii) a atuação direta, na maior parte, de cada um destes centros de governo, dentro de sua esfera designada, sobre todas as pessoas e todas as propriedades existentes dentro de seus limites territoriais; (iv) o aparelhamento de cada centro com o completo mecanismo de imposição da Lei, tanto executivo quanto Judiciário; e (v) a supremacia do Governo nacional, dentro de sua esfera designada, sobre qualquer afirmação conflitante de poder estadual.” (SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 10).

atribuição e competências distintas pela Constituição. Outro dado essencial para a caracterização de um regime federal é a qualidade estatal dos entes federados (Estados-Membros, Províncias, etc.), a chamada “estatalidade”, qualidade esta que depende da configuração destes entes enquanto centros de poder político autônomo e de sua capacidade de influir na tomada de decisões do Estado como um todo.²⁸⁴

Já Ricardo Lewandowski especifica as características: “(a) repartição de competências, (b) autonomia política das unidades federadas; (c) participação dos membros na decisão da União; e (d) atribuição de renda própria às esferas de competência.”²⁸⁵

Ao estudar o caso norte-americano, Morton Grodzin afirma que a análise da organização-estruturação governamental desse país é tarefa contínua, vez que as circunstâncias estão sempre se alterando²⁸⁶. Os autores da Constituição americana implementaram uma divisão dúplice de poderes e responsabilidades (entre entes federativos e órgãos internos), de forma que os poderes seriam equânimes e exerceriam atividade de controle entre si²⁸⁷. Na ótica dos *founding fathers* americanos, essa divisão impediria tanto um governo unitário abusivo, quanto a captura de governos locais, mais sujeitos a cooptação por grupos organizados.

Dada a longevidade da Constituição americana, ela se tornou modelo de referência para outras nações, embora, quando da adoção da forma federativa de governo e a promulgação de uma Constituição própria, devam ser consideradas as especificidades internas. Naturalmente, não pode haver a adoção de um modelo alienígena estranho ao contexto político, histórico e socioeconômico de determinada sociedade, o que não significa, por outro lado, que não deverão ser considerados alguns princípios gerais, como

²⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, cit., p. 146.

²⁸⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 87.

²⁸⁶ GRODZINS, Morton. *The American system: a new view of government in the United States*. Edited by Daniel J. Elazar. Chicago: Rand McNally, 1966. p. 12-13.

²⁸⁷ No ensaio Federalista n. 51, publicado no *The Independent Journal* em 6 de fevereiro de 1788, James Madison afirmou: “Numa república simples, todo o poder entregue pelo povo é submetido à administração de um único governo, e as usurpações são prevenidas por uma divisão do governo em departamentos distintos e separados. Na república composta pela América, o poder entregue pelo povo é primeiramente repartido por dois governos distintos, e, depois, a parte atribuída a cada um deles é por sua vez repartida entre departamentos distintos e separados. Surge deste modo uma dupla segurança para os direitos do povo. Os diferentes governos controlar-se-ão mutuamente ao mesmo tempo que cada um deles será controlado por si próprio.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques, João C. S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 471).

direitos e liberdades individuais, separação de poderes, pesos e contrapesos etc.²⁸⁸. Nas palavras de Gilberto Bercovici, “não existe um ‘modelo’ de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes nos Estados denominados federais”. Destaca o autor que há apenas “uma série de soluções concretas historicamente variadas, de organização do Estado, dentro de determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime federal”.²⁸⁹

Quando da realização da reunião do *Second Continental Congress*, iniciado em maio de 1775 e finalizado em março de 1781, com representantes das treze colônias originais²⁹⁰ que compunham os Estados Unidos, foi feita a declaração de independência do Estado-colonizador britânico e, simultaneamente, adotados os *Articles of Confederation*, um tratado de aliança entre colônias-Estados com interesses divergentes, cujo objetivo principal seria garantir autonomia e se livrar de uma subordinação autoritária²⁹¹. Já nesses documentos é possível constatar a resistência das colônias em se submeterem a novo governo unitário central:

Considere a própria Declaração de Independência. Ela foi adotada pelo Segundo Congresso Continental como ‘Declaração Unânime dos treze Estados unidos da América’. Verifique com cautela as palavras em maiúsculo – e quais não estão – nessa frase. A Declaração não foi adotada pelos ‘Estados Unidos da América’ com um U maiúsculo, tal como se fosse título de uma nova nação. A Declaração foi de uma ação unida (u minúsculo) de treze Estados (E maiúsculo) separados declarando conjuntamente sua independência. Logo, em 1776 os ‘Estados unidos

²⁸⁸ TARR, G. Alan. United States of America. In: KINCAID, John; TARR, G. Alan (Eds.). *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*. London: McGill-Queen’s University Press, 2005. p. 382. (A Global Dialogue on Federalism, v. 1). Segundo Célio Borja: “Se a federação americana veio a servir de inspiração e modelo a outros Estados, notadamente aos do novo continente, isto não se deve à universalidade inata dos seus princípios e formas, mas à admiração que suscitava uma tal organização política fundada na vocação da liberdade e na presunção da igualdade das dos seus cidadãos. Assim, ainda quando não guardassem, por sua formação histórica e cultura política, qualquer afinidade com a grande nação do Norte, copiavam-lhes as instituições na esperança de que sua adoção gerasse, sem mais obstáculos, os mesmos benefícios que a ela proporcionavam.” (BORJA, Célio. Federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. , jan./mar. 1985).

²⁸⁹ BERCOVICI, Gilberto, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, cit., p. 145.

²⁹⁰ Composta de Estados da costa leste americana onde foram estabelecidos os assentamentos britânicos originais; atualmente são os Estados de New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia/Kentucky (e West Virginia), North Carolina, South Carolina e Geórgia.

²⁹¹ Em trabalho curioso sobre guerras fiscais, Paul B. Stephan alega que “[e]m todo momento crítico na história dos EUA, guerras fiscais desempenharam um papel. A Revolução que levou à criação dos Estados Unidos teve muitas causas, mas a tributação estava em seu cerne” (STEPHAN, Paul B. Guerras fiscais nos Estados Unidos. In: DERZI; Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Orgs.). *Estado Federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 161). Um dos estopins largamente citados é a *Boston Tea Party* e o movimento-protesto pelo direito “*no taxation without representation*”. Vide: WEISMAN, Steven R. *The great tax wars: Lincoln – Teddy Roosevelt – Wilson: how the income tax transformed America*. New York: Simon & Schuster; Paperback, 2004.

da América' se referia a pouco mais que mera aliança de treze pequenas nações separadas. Para ter certeza, os signatários da Declaração juraram suas vidas, fortunas e honra sagrada para este empreendimento comum em nome de seus Estados. Mas América (ainda) não era uma única nação, mas um coletivo de treze pequenas nações.²⁹²

Houve um claro movimento de união de Estados-nações contra um inimigo comum, e não necessariamente a formação de uma única nação com objetivos iguais, a qual era vista como sinônimo de um governo unitário e, portanto, autoritário (ou mais adepto ou próximo do autoritarismo). Não obstante, os *Articles of Confederation* constituem, de fato, a primeira Constituição dos (e que criou os) Estados Unidos.

As limitações dessa primeira Carta Magna não demoraram a aparecer: notadamente na disputa fratricida entre Estados-nações, não havia um poder central capaz de solucionar disputas que, a rigor, poderiam impedir o “grande projeto” que estava em curso.

Não havia a figura da autoridade nacional²⁹³, apenas um braço nacional do Legislativo, o Congresso, no qual cada Estado teria um único voto e cujos delegados estaduais estavam sujeitos ao *recall* pelo Legislativo estadual, forçando, de tal forma, um

²⁹² No original: “Consider the Declaration of Independence itself. It was adopted by the Second Continental Congress as the ‘Unanimous Declaration of the thirteen united States of America’. Note carefully which words are capitalized – and which are not – in this phrase. The Declaration was not adopted by the ‘United States of America’, with an upper case U as if part of the title of a new nation. The Declaration was the united (lower case u) action of thirteen separate States (upper case S) jointly declaring their Independence. Thus, in 1776, ‘united States of America’ referred to little more than an alliance of thirteen separate, small nations. To be sure, the signers of the Declaration had pledged their lives, their fortunes, and their sacred honor to this common enterprise on behalf of their States. But America was not (yet) a single nation, it was a collection of thirteen little nations.” (PAULSEN, Michael Stokes; PAULSEN, Luke. *The Constitution: an introduction*. New York: Basic Books, 2015. p. 6 – nossa tradução). Embora essa obra não apresente um detalhamento muito crítico, ou sequer seja um trabalho acadêmico *per se* (os autores afirmam expressamente que essa não seria a intenção), há na primeira parte do texto informações curiosas no que tange a essa distinção, para fins de declaração de independência entre nação e Estado, como, por exemplo: “[...] a practical matter, the people would never give up their attachment to their individual states. (Thomas Jefferson, while in Philadelphia writing the Declaration of Independence for the Continental Congress in 1776, wrote of missing ‘his country’ – by which he meant Virginia, not America.) There was no way that the framers could have eliminated states and made on consolidated government, even if they had wanted to do so.” (Ibidem, p. 38).

²⁹³ “O ideal federal também não se confunde com o ideal de confederação. Nesse aspecto, convém lembrar algumas das notas de Darcy Azambuja que diferenciam esses dois institutos: I) enquanto a confederação é simples pessoa de direito público, a federação é um Estado soberano; II) a atividade da confederação limita-se a questões externas, enquanto a atividade federativa se relaciona à questões internas e externas; III) a nacionalidades dos indivíduos da confederação é a de seu estado-membro, mas a nacionalidades dos indivíduos da federação é uma só, independente da região ou divisão das entidades federativas; IV) a confederação se justifica por meio de um tratado de Direito Internacional, já a federação é derivada de uma Constituição; V) os Estados-membros de uma confederação guardam o direito de secessão, ao passo que a união dos Estados federativos é indissolúvel.” (MARQUES, Mauro Luiz Campbell, (As)simetrias no federalismo brasileiro, in *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!*: homenagem a Paulo Bonavides, cit., p. 65).

vínculo necessário entre representação, voto e interesses locais do Estado. Igualmente, os poderes cedidos à esfera federal eram limitados e específicos, referentes principalmente a questões de guerra e tratativas com outras nações, sem qualquer ingerência efetiva sobre os Estados e os cidadãos:

Além do mais, o governo confederal não exercia qualquer autoridade direta sobre os Estados ou os cidadãos desses Estados; nem poderia taxar ou recrutar cidadãos, nem poderias lhes sujeitar à suas leis (e.g. regulações econômicas). Como resultado, os Estados poderiam ignorar ordens e requerimentos de financiamento pelo governo confederal, e efetivamente faziam isso. A ausência de uma autoridade nacional adequada reduziu os Estados Unidos, nas palavras de Alexander Hamilton, “ao último estágio de humilhação nacional”.²⁹⁴

Outro aspecto problemático foi a divisão de interesses e poderes entre Estados que se viam como independentes, impedindo inclusive o desenvolvimento do mercado interno, vez que a falta de um contrapeso nacional resultou em abusos pela esfera estadual, tais como leis garantindo anistia de dívidas ou permitindo o pagamento de dívidas com cédulas monetárias sem valor²⁹⁵. Isto é, na tentativa de impedir a formação de um governo autoritário e poderoso, possibilitou-se a criação de diversos micropoderes sem qualquer tipo de controle.²⁹⁶

Conflitos reiterados e a falha na efetiva criação de uma única nação desgastaram os *Articles* e aumentaram o desejo de reforma desse documento, tendo sido convocada uma

²⁹⁴ No original: “Most important, the confederal government exercised no direct authority over the states or over the citizens of those states; it could not tax or conscript citizens, nor could it subject them to its laws (e.g., economic regulations). As a result, the states could, and did, disregard mandates and requests for funding by the confederal government. The absence of adequate national authority reduced the United States to, in the words of Alexander Hamilton, ‘the last stage of national humiliation’.” (TARR, G. Alan, United States of America, in *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*, cit., p. 383).

²⁹⁵ “Most early state constitutions concentrated governing power in the legislature and subjected legislators to annual election. The absence of checks and balances, plus the lack of restraints on popular enthusiasms, led to abuses [...]. In addition, commercial competition among the states led to a proliferation of trade barriers designed to shield local producers against out-of-state competitors, contributing to a stagnant economy and to interstate conflicts.” (TARR, G. Alan, United States of America, in *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*, cit., p. 383-384). No mesmo sentido, John Kincaid: “[...] established a weak confederation government having one arm – a Congress in which each state had one vote. Boundary disputes and trade conflicts between the states, as well as civil disorders, foreign military threats, and other problems led to adoption of the US Constitution.” (KINCAID, John. United States of America. In: MORENO, Luis; COLINO, César; KINCAID, John. *Diversity and unity in federal countries*. London: McGill-Queen’s University Press, 2005. p. 353. (A Global Dialogue on Federalism v. 7)).

²⁹⁶ Mauro Luiz Campbell Marques reporta a seguinte afirmação de Paulo Bonavides, de que “[...] toda centralização excessiva traz o bacilo do autoritarismo, também todo o regionalismo cultivado em formas extremas contém os germes da rebeldia e da secessão”, valendo destacar que esse regionalismo extremo ocorreu nos Estados Unidos e culminou na secessão (MARQUES, Mauro Luiz Campbell, (As)simetrias no federalismo brasileiro, in *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!*: homenagem a Paulo Bonavides, cit., p. 69). Vide também: CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p. 49-63.

delegação para essa discussão. Essa convenção, posteriormente denominada de *Constitutional Convention*, acabou opinando pela impossibilidade da reforma e a necessidade de substituição integral do referido acordo por uma nova Constituição.²⁹⁷

O federalismo americano, portanto, se estruturou como contraproposta à confederação, e a adoção da estrutura federalista surgiu da “ausência de justificativa capaz de manter um poder central, sem o risco de eliminar a autonomia dos estados-membros em razão de suas fragilidades”²⁹⁸. Paulo Roberto Barbosa sintetiza esse conflito de interesses-poderes entre diferentes colônias-Estados e um poder central:

Portanto o modelo de Estado confederativo fracassou nos Estados Unidos porque não conseguiu encontrar uma fórmula política capaz de justificar o exercício pleno e eficiente do poder central, sem que isso ferisse as suscetibilidades dos Estados que formavam essa organização política, os quais não admitiam, em hipótese alguma, tornar-se um poder secundário diante de poderes principais a serem concedidos ao poder central, tudo por conta de suas características óbvias de fragilidade.²⁹⁹

²⁹⁷ “[...] Madison argued, the Articles of confederation was, legally speaking, more like a treaty – an alliance – of thirteen separate countries. It was not a true constitution of government for a single nation. Everybody agreed that this alliance was on the verge of falling apart and that this treaty had been violated by just about every state.” (PAULSEN, Michael Stokes; PAULSEN, Luke, *The Constitution: an introduction*, cit., p. 19). Sobre esse ponto específico, em nota da tradução do livro de Robert Alan Dahl consta: “Dahl se refere aos delegados que enviados pelas assembleias legislativas dos estados para participar da Convenção Constitucional, com o objetivo inicial de revisar os Artigos da Confederação, mas que acabaram por elaborar uma nova constituição.” (DAHL, Robert Alan. *A Constituição norte-americana é democrática?* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. p. 12). Michael Paulsen e Luke Paulsen aprofundam um pouco mais esse ponto e chegam a afirmar inclusive que se trataria de um *coup d’etat*: “But practically their first act was to defy their instructions. The delegates were charged with suggesting amendments to the Articles – the existing government. Instead they deliberately took it upon themselves to propose that the current government be scrapped entirely and a dramatically new system erected in its place [...] They literally sought to overthrow the existing government the existing government – and it did not matter to them if doing so broke the rules of the game. The political situation of the country had become dire: the union was in danger of falling apart and something had to be done. So the convention exceeded its instructions and did what it felt the situation demanded. What historians today celebrate as ‘The Constitutional Convention’ was at the time practically a *coup d’etat* – a rebellion against and upending of the prior regime. But it was of course, a peaceful, bloodless coup – one that to some extent obtained the blessing of the existing regime even as it sought to overturn it and, more fundamentally, one that rapidly came to be accepted by the people of America.” (PAULSEN, Michael Stokes; PAULSEN, Luke, *The Constitution: an introduction*, cit., p. 4). Para uma análise mais sofisticada, e com acusação de que a Constituição seria uma “*conservative counterrevolution*”, abordando a dificuldade de os anti-federalistas se organizarem e tendências antidemocráticas da convenção constitucional, vide: KLARMAN, Mike. *The Constitution as a coup against the public opinion*. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 255 e ss., jul. 2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/147/135>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁹⁸ MARQUES, Mauro Luiz Campbell, (As)simetrias no federalismo brasileiro, in *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!*: homenagem a Paulo Bonavides, cit., p. 62.

²⁹⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Federalismo: condições de possibilidade e características essenciais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, p. 23-24, jan./mar. 2012.

Ainda assim, o desejo por uma nova forma estatal não era unânime e/ou ainda não tinha sido aceito e/ou entronizado por parte dos Estados-nações, como destaca Robert Dahl:

Embora tendamos a presumir que todos os 13 estados enviaram representantes, a verdade é que Rhode Island recusou-se a comparecer e os representantes de New Hampshire só chegaram algumas semanas depois de iniciada a Convenção. Como resultado, diversas votações cruciais em junho e julho, foram feitas com a presença de apenas 11 delegações estaduais. Além disso, os votos eram contados por estado e, embora a maioria das delegações estaduais, em quase todos os momentos, fechasse acordos em torno de uma posição única, houve algumas ocasiões em que elas ficaram por demais divididas, internamente, para dar seu voto.³⁰⁰

Assim, no caso americano, ao menos quando do início das discussões da independência e implantação da confederação (e no início dos debates da atual Constituição e estrutura federativa de organização estatal) não havia uma separação tão sofisticada entre o que constituiria soberania estatal e autonomia, criando certa confusão entre esses dois conceitos, vez que os Estados queriam, na realidade, ter autonomia sem dominação pelo poder unitário³⁰¹, embora, na confederação, houvesse uma soberania de fato.

Os delegados da convenção, ao constatarem a inadequação de meros remendos ao texto do *Articles of Confederation*, propuseram um novo texto³⁰², sob o qual seria realizada

³⁰⁰ DAHL, Robert Alan, *A Constituição norte-americana é democrática?*, cit., p. 10. Em nota de rodapé consta que “[n]os 10 estados em que os votos da Convenção não foram unânimes, votaram ao todo 1.540 delegados, 964 a favor da Constituição e 576 contra”.

³⁰¹ “As we have seen, one of the concerns leading to the adoption of the Constitution was the need for a national government of stronger powers, adequate to the needs of a true nation spanning much of the continent. But with power comes danger. The man who framed the constitution knew this well. They had just fought the American Revolution to free the colonies from what they considered the tyranny of a strong, central government. They did not want to create the same sort of problem for themselves, exchanging one tyranny for another.” (PAULSEN, Michael Stokes; PAULSEN, Luke, *The Constitution: an introduction*, cit., p. 31).

³⁰² James Madison, por sua vez, apresenta diagnóstico diferente da questão no Federalista n. 39: “Destes dois decretos resulta que: primeiro, o objetivo da Convenção era estabelecer, nestes Estados, *um governo nacional firme*, segundo, que esse governo devia ser tal que fosse *adequado às exigências da governação e preservação da União*; terceiro, que esses objectivos deviam ser alcançados por meio de *alterações e disposições nos artigos da Confederação*, tal como é expresso no decreto do Congresso, ou por meio de *alterações e disposições nos artigos da Confederação*, tal como é expresso no decreto do Congresso, ou por meio das *disposições adicionais que se apresentem como necessárias*, como sobressai da recomendação de Annapolis; quarto, que as alterações e disposições deveriam ser comunicadas ao Congresso e aos Estados, para serem aprovadas pelo primeiro e confirmadas pelos últimos. De uma comparação e de uma interpretação justa destes vários modos de expressão, deve ser deduzida a autoridade com que agiu a Convenção. Ela tinha de estruturar um *governo nacional*, adequado às *exigências da governação e da União*, e de reduzir os artigos da Confederação a uma forma tal que cumprisse estes objectivos. [...] É agora tempo de recordar que os poderes eram meramente consultivos e recomendatórios,

a efetiva junção dos Estados, reunindo aspectos de governos confederados e Estados unitários, com base em liberdades individuais, aumento do poder federal, porém com manutenção da autonomia do Estado, surgindo, assim, o formato de organização da atual Constituição³⁰³. Isso ocorreu principalmente pela concessão de poderes limitados à esfera federal e poderes residuais aos Estados (ou ao povo), conforme a oitava seção³⁰⁴ e a décima emenda³⁰⁵:

10ª Emenda – Reserva de Poderes “A décima emenda tinha por objetivo confirmar o entendimento do povo quando da aprovação da Constituição, que poderes não atribuídos aos Estados Unidos eram reservados aos Estados ou ao povo. Ela não acrescentou nada ao instrumento originalmente ratificado”. “A décima emenda contém mero truísmo de que tudo que não foi entregue foi mantido. Não há nada na história de sua adoção para sugerir que tratava de algo além de declarar a relação entre governos nacionais e estaduais tal como estabelecido pela Constituição antes da emenda ou que seu propósito foi outro além de aliviar os receios que o governo nacional poderia exercer poderes não delegados expressamente e que Estados não poderiam exercer plenamente seus poderes reservados”. Que esta provisão não serve de parâmetro para medir poderes delegados ao governo federal ou reservados aos Estados foi firmemente estabelecido pela recusa de ambas os órgãos do Congresso em inserir a palavra “expressamente” antes da palavra “delegado” [...].³⁰⁶

que era essa a intenção dos Estados, e que assim foi entendido pela Convenção. E que esta última, de acordo com isso, planejou e propôs uma Constituição que não tem mais importância do que o papel em que está escrita, a menos que seja selada com a aprovação daqueles a quem é dirigida”. Conclui James Madison que “a acusação, alegada contra a Convenção, de exceder os seus poderes não tem alicerce que a suporte” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *O federalista*, cit., p. 363, 369 e 371).

³⁰³ Curioso registrar que a adoção da Constituição não era unanimidade: “*Moreover, the votes of conventions in three of the nation’s five most populous states were so narrowly in favor of ratification – 89 to 79 in Virginia, 187 to 168 in Massachusetts, and 30 to 27 in New York – that an opposite outcome was obviously possible in those states. Had just one or two of these large states declined to join the new union, its success would have been very much in doubt.*” (KLARMAN, Mike, *The Constitution as a coup against the public opinion*, cit., p. 262). Igualmente, nos “10 estados em que os votos da Convenção não foram unânimes, votaram ao todo 1.540 delegados, 964 a favor da Constituição e 576 contra”. (DAHL, Robert Alan, *A Constituição norte-americana é democrática?*, cit., p. 10).

³⁰⁴ Apenas para contextualizar, seguem alguns dos poderes elencados texto constitucional: “*Section 8 The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; To borrow Money on the credit of the United States; To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes; [...] To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water; To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years; To provide and maintain a Navy; To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces; [...] To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.*”

³⁰⁵ “*Amendment X (1791) The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*”

³⁰⁶ No original: “*Amendment 10 – Reserved Powers ‘The Tenth Amendment was intended to confirm the understanding of the people at the time the Constitution was adopted, that powers not granted to the United States were reserved to the States or to the people. It added nothing to the instrument as originally ratified’. ‘The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it had been established by the Constitution before the amendment or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to*

O que se constata é que, além de serem privilegiados na distribuição de poderes³⁰⁷, em que pese a tendência federal, os Estados possuem amplos poderes, como protagonistas na condução da nova federação, inclusive na escolha de representantes legislativos na esfera federal³⁰⁸. A estrutura federativa nos Estados Unidos, no que tange à divisão de competências, poderes e fontes de financiamento, surgiu mais de uma imposição histórica do que de uma mera escolha eletiva.³⁰⁹

O caso brasileiro, por sua vez, é curioso, pois alguns autores (*e.g.* Silvio Meira) entendem que o federalismo esteve presente no País desde a sua colonização, independentemente do regime representativo (*e.g.* monárquico), enquanto outros defendem que o país partiu de trajetória inversa, não de necessidade ou ânsia, mas de imposição (*e.g.* Heleno Taveira Torres).

Em relação à rotulação de trajetória inversa, alega-se que houve uma escolha deliberada e política da forma federativa, de forma automática, com a proclamação da República, a partir do Decreto n. 1 de 15.11.1889³¹⁰, o qual sofreu forte influência da Constituição americana. Isso ocorreu em contraste com os Estados Unidos, onde a adoção do federalismo surgiu de uma necessidade e, em alguma medida, do desejo de união e

exercise powers not granted, and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers'. That this provision was not conceived to be a yardstick for measuring the powers granted to the Federal Government or reserved to the states was firmly settled by the refusal of both House of Congress to insert the word 'expressly' before the word 'delegated'." (Disponível em: <<https://congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2016-10-11.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017). Os comentários relativos à décima emenda e as citações se referem aos seguintes precedentes: *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716, 733 (1931) e *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 124 (1941).

³⁰⁷ Sobre poderes dos Estados, informa Robert Alan Dahl que: "Alguns delegados eram favoráveis à ideia de eliminar os estados, de algum modo, e consolidar o poder no governo nacional. George Read, de Delaware, 'antipatizava com a ideia de garantias territoriais. Ela incitava à ideia de estados distintos, que seriam perpétua fonte de discórdia. Só pode haver cura para esse mal eliminando-se interinamente os estados e os unindo a todos em [única e] grande sociedade' (*Records*, v.1, p. 202, 11 de junho). Read tinha feito uma proposta similar alguns dias antes, em 6 de junho (p. 136-137). Em seu discurso inicial, citado anteriormente, Hamilton propôs que o 'governador ou presidente de cada estado seja nomeado pelo Governo Geral e tenha poder de veto sobre as leis a serem aprovadas no estado do qual for o governador ou presidente' (p. 293)." (DAHL, Robert Alan, *A Constituição norte-americana é democrática?*, cit., nota 9, p. 20).

³⁰⁸ TARR, G. Alan, *United States of America*, in *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*, cit., p. 387.

³⁰⁹ DAHL, Robert Alan, *A Constituição norte-americana é democrática?*, cit., p. 47.

³¹⁰ Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889: "Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira - a República Federativa. Art. 2º. As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil. Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais. [...] Art. 7º. Sendo a República Federativa Brasileira a forma de governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular."

criação de uma estrutura mais adequada para enfrentar os problemas da época. Fernando Facury Scaff³¹¹, afirma que o monarquista da época, Deodoro da Fonseca, teria praticado um golpe de estado ao derrubar o imperador D. Pedro II, proclamando que o Brasil adotaria provisoriamente uma república. Nesse sentido, Liberato de Castro, expõe que esse golpe “transformou em algumas horas as instituições do país, que anoiteceu monárquico e amanheceu republicano, sem luta nem resistência, assistindo o povo a este espetáculo no meio de calma tão geral, [...], atônito e bestializado”³¹²; ou seja “não foi pelo despotismo ou poder absoluto, e nem pela falta da mais ampla liberdade, que a república se proclamou no Brasil”.³¹³⁻³¹⁴

No Brasil houve a instituição de um federalismo normativo, com a transformação de Províncias (entes da época) em Estados, onde “a partir das oligarquias dominantes das províncias mais prósperas, viu-se erigir o nosso ‘federalismo oligárquico’”:

E foi assim que o Brasil Império, um Estado unitário, sem divisões políticas e administrativas dotadas de autonomia, deu ensejo à descentralização política, financeira e administrativa dos Estados nascentes. Não por “agregação”, porquanto não preexistiam como “estatalidades”, tampouco por “segregação”,

³¹¹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: direito financeiro, república e direitos fundamentais*. 2017. Tese (Titularidade para cargo de Professor Titular de Direito Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 27.

³¹² CARREIRA, Liberato de Castro. *História financeira e orçamentária do Império do Brasil: após a guerra do Paraguai*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980. v. 2, p. 843-844.

³¹³ CARREIRA, Liberato de Castro, *História financeira e orçamentária do Império do Brasil: após a guerra do Paraguai*, cit., v. 2, p. 846.

³¹⁴ Fernando Facury Scaff, em sua Tese de Titularidade (SCAFF, Fernando Facury, *Orçamento republicano e liberdade igual: direito financeiro, república e direitos fundamentais*, cit., p. 27), destaca o teor do PL 6757/2013, que visa a retirar a data de 15 de novembro do rol de feriados nacionais, e que assim dispõe: “Isso, segundo Laurentino, é por falta da participação popular que não gerou na sociedade o sentimento cívico que há em outras celebrações. Tanto é verdade que o poder público não se esforçou e nem se esforça em incutir na sociedade tal sentimento [...]. Consta nos livros de história que a República brasileira não resultou de uma campanha com intensa participação mas apenas pelos bastidores daqueles que estavam no poder, pois a Proclamação da República se deu por um golpe militar. O desprezo coletivo se deu, talvez, em razão de promessas que não tinham muito significado para as massas pobres, analfabetos e recém-saídos da escravidão, que desconheciam a chegada do novo regime. As promessas de acabar com os privilégios e com a tirania do imperador, herdadas ainda da época da colonização portuguesa, não surtiram muito efeito na sociedade da época, tanto é verdade que o Partido Republicano elegeu apenas dois deputados e nenhum senador. Segundo fonte do próprio livro 1889, os votos colhidos pelos seus candidatos em todo o país não chegaram a 15% do total apurado. Neste sentido, fica claro que o povo não foi chamado para a derrubada da monarquia, mas apenas usado como massa de manobra. Fato contrário ocorreu nas Jornadas de Junho de 2013, aonde todo o povo voluntariamente foi às ruas reivindicar uma melhor prestação de serviços públicos e ética na política. Como bem declarou Laurentino, ‘a julgar pela sua memória cívica nacional, o Brasil tem uma República mal-amada’. Isso se deu, como já analisado, em razão da falta de participação popular.” (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9E2FF30F2D8272EFC8E69A14DC5B4019.proposicoesWebExterno1?codteor=1178763&filename=PL+6757/2013>. Acesso em: 23 mar. 2018).

mas por simples “conversão” *ex lege* das províncias em Estados federados (art. 2 da CF), como um *federalismo normativo*. De fato, em 15 de novembro de 1889, o Brasil acordou unitário e dormiu uma federação, por um “federalismo de Decreto”.³¹⁵

O segundo posicionamento, por sua vez, afasta a suposta influência americana, afirmando que sempre houve no país uma tendência federalista, independentemente do regime da época, sendo que, quando da transição da monarquia para república, a maior “preocupação não era exatamente com a proclamação da República, mas com a questão da autonomia dos entes subnacionais, motivo pelo qual a forma de organização do espaço territorial foi desde logo estabelecida como uma Federação”. Nessa linha, Orlando Bitar acrescenta, ao tratar da transição, que “toda a gênese da República é dominada pelo ideal federalista”.³¹⁶

Silvio Meira vai além e afirma que bem antes da proclamação houve interesse na forma federativa, e que “antes de aceitar a federação, já havia no Brasil o federalismo como ideia e até como realidade geográfica”³¹⁷. Esse autor, ao apresentar o panorama histórico, indica alguns eventos de anseio federalista: (i) o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, classificado como Lei n. 16, que teria conferido diversos poderes às Assembleias Legislativas Provinciais, sendo uma “reação ao espírito centralizador da carta de 1824”; (ii) um projeto de lei de 1831, que pretendia “instituir a Monarquia federativa”, constando no artigo 1º que “o Governo do Império do Brasil será uma Monarquia federativa”; e principalmente um Manifesto Liberal de 1870, no qual consta que:³¹⁸

No Brasil, antes da ideia democrática encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia do nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários, as produções diferentes, as cordilheiras e as águas, estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o Governo local, acompanhando e respeitando as próprias divisões criadas pela natureza física e impostas pela imensa superfície do nosso território. Foi a necessidade que demonstrou, desde a origem, a eficácia do grande princípio que, embalde a força compressora do regime centralizador, tem procurado contrafazer e destruir.

Arremata Silvio Meira que desde a independência do Brasil, em 1822, há “esse fenômeno de centrifugismo e centripetismo, como se fosse a sístole e a diástole da

³¹⁵ TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFDFFE, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 29, mar./ago. 2014.

³¹⁶ BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília: Conselho Federal de Cultura, 1978. v. 3, p. 55.

³¹⁷ MEIRA, Silvio Augusto de Bastos, *Federalismo e centralização*, cit., p. 84.

³¹⁸ MEIRA, Silvio Augusto de Bastos, *Federalismo e centralização*, cit., p. 85-86.

nação, impulsionada para o futuro” e que a “Federação provincial e a Monarquia federativa foram expressões de um federalismo latente na alma nacional”³¹⁹. Outro posicionamento nesse sentido é de Almiro do Couto e Silva, ao tratar da questão de terras públicas:

O Brasil, no Império, era um Estado unitário, mas as Províncias, ainda que não constituíssem entidades políticas, porquanto originariamente meras subdivisões administrativas da Nação, desde o Ato Adicional, de 12 de agosto de 1834, passaram a gozar de capacidade jurídica limitada. Tinham, assim patrimônio próprio.

Embora as terras devolutas integrassem o domínio nacional, já, naquele período, manifestou-se a tendência de transferi-las ao patrimônio das Províncias, fosse para fins de colonização, fosse sem qualquer destinação específica. São exemplos disso a Lei n. 5.114, de 28 de outubro de 1848, que concedeu a cada uma das Províncias seis léguas em quadra de terras devolutas “exclusivamente destinadas à colonização e não podendo ser roteadas por braços escravos” e, por outro lado, a Lei n. 3.397, de 24 de novembro de 1888, que outorgou às Províncias 360.000 hectares daquelas terras.³²⁰

Sobre a questão da transição do regime monárquico para a república, Fábio Konder Comparato apresenta um relato extremamente relevante sobre as posteriores disputas entre centralização ou descentralização do poder, no que ele chama de falso regime republicano, ante a deturpação do conceito. No caso, o autor destaca as disputas entre Estados escravocratas e antiescravistas, em relação a questões como democracia, república e federalismo, vez que teriam interesse na descentralização do poder justamente para manter a mão de obra escrava.

Seguindo à risca o modelo norte-americano, uma facção política empenhou-se, na segunda metade do século XIX, em tornar o Brasil uma república. Mas não, obviamente, no original sentido romano de um regime político no qual o bem comum do povo [...] está sempre acima de interesse privado [...]. A república almejada pelos nossos grandes proprietários rurais senhores de escravos era simplesmente um regime político não monárquico, mantendo-se como é óbvio o espírito privatista [...]. Já no que se refere à democracia, enquanto vigorou o regime monárquico, ela foi tida corretamente, entre nós, como a antítese da autocracia. Por isso mesmo, a elite dirigente do País, a começar – escusa dizê-lo – pelo próprio monarca, considerava o regime democrático como uma clara subversão da ordem política. A partir da segunda metade do século XIX, porém, com a crescente prosperidade da cultura do café na região sudeste, os oligarcas rurais passaram a contestar o poder central e a reivindicar maior autonomia de atuação local, no terreno econômico e político. A partir desse momento, a ideia de democracia, ou de república, foi recuperada como fórum político e purgada de suas conotações negativas. [...] O que, todavia, os próceres republicanos entendiam por democracia não era de forma alguma o regime de soberania popular, expressão substituída, no Manifesto Republicano, por *soberania nacional*, que nada tem a ver com o regime democrático [...] designavam como

³¹⁹ MEIRA, Silvio Augusto de Bastos, *Federalismo e centralização*, cit., p. 86.

³²⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Comentário ao artigo 20. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 713.

democracia era, na verdade, a federação, tomado este conceito em sentido diametralmente oposto àquele com que fora pregado pelos constituintes de Filadélfia em 1787. Com efeito, federação, para os republicanos brasileiros, não queria dizer reunião (*foederatio*) de unidades políticas anteriormente soberanas, mas sim a descentralização de poderes num Estado unitário. O Manifesto, aliás, encerra-se, segundo o estilo farfalhante da época, “arvorando resolutamente a bandeira do partido republicano federativo”, e não a bandeira do partido republicano democrático. A razão de ser desse movimento descentralizador, o Manifesto Republicano de 1870 fez questão de deixar na sombra: nenhuma palavra disse sobre aquilo que os oligarcas denominavam, eufemisticamente, “a questão do estado servil”. É que naquela época, como já foi assinalado, bom número de províncias do Nordeste e do Norte do país aceitavam claramente a abolição da escravatura. A grande contradição da época foi exatamente esta: enquanto os escravistas declaravam-se favoráveis ao que denominavam *democracia e república*, os antiescravistas manifestavam-se contra ambos esses regimes. Na verdade, o que estava em causa era o centralismo ou o descentralismo governamental; pois naqueles anos o governo imperial procurava, mal e mal, pôr fim à escravidão, o que contrariava os interesses vitais do senhorio rural, longamente acostumado a exercer em seus territórios locais um poder absoluto.³²¹

Isto é, os defensores da escravidão estavam se valendo de uma definição de federalismo voltada para perpetuar interesses dos grandes oligarcas rurais. Não se defendia uma democracia ampla e um federalismo voltado para a consecução de objetivos nobres, descentralizando poderes para permitir o desenvolvimento de capacidades de entes subnacionais, mas sim a garantia do atraso na forma de mão de obra escravagista.³²²

³²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A oligarquia brasileira: visão histórica*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 147-149.

³²² Fábio Konder Comparato destaca, de qualquer forma, que os caféicultores já estavam prontos para a abolição da escravidão, cuja mão de obra seria substituída por trabalhadores advindos da Europa, notadamente da Itália. Esses trabalhadores, porém, estavam sujeitos à condição de semiescravidão, não tendo sido estabelecido ainda uma proteção do trabalho assalariado e da condição do trabalhador (COMPARATO, Fábio Konder, *A oligarquia brasileira: visão histórica*, cit., p. 159). Esses trabalhadores estariam sujeitos aos *princípios* de Wakefield e o “preço suficientemente alto” de terras coloniais, estando subjugados a oferecer sua mão de obra braçal barata até reunirem valores suficientes para a aquisição de terras. Isso teria sido feito justamente para incentivar a imigração dessa mão de obra barata (SEMMELE, Bernard. *The rise of free trade imperialism: classical political economy the empire of free trade and imperialism (1750-1850)*. New York: Cambridge University Press, 1970. p. 82 e ss.). E também: “Given that the overabundance of colonial land obviated a market price for it, the government had to sell public lands at a ‘sufficient price’ that was artificial but not arbitrary. The price had to be ‘sufficient’ to fulfill several social-utility functions at once. First and foremost, it had to be sufficiently high to make land financially accessible and appealing only to those colonists with the economic means and the intention to improve it. The obverse side of this objective was to bar people with meager resources from obtaining landed property and to force them into wage labor. The embryo of this idea appeared in A letter from Sydney, where Wakefield advocated the imposition of ‘some considerable price on land’ for the purpose of maintaining “a constant supply of the demand for well paid labor” that would occasion “the greatest increase of wealth and civilization.” (INCE, Onur Ulas. *Colonial capitalism and the dilemmas of liberalism*. New York: Oxford University Press, 2018. p. 142). O potencial estratégico dessa teoria não passou despercebida pelos produtores agrários no Brasil que: “Tinham apelo porque também ofereciam uma crítica explícita ao desenvolvimento econômico e social dos Estados Unidos e uma alternativa prática para evitar sua repetição. Wakefield propunha seu sistema autossustentável como forma de perpetuar uma aristocracia de diferenças sociais e econômicas (‘gradações’) sob condições colonização. Ele considerava os americanos um povo ‘podre’, que tinha ‘se degenerado de seus ancestrais [ingleses]’ porque (entre outras coisas) ‘se deleitavam com uma igualdade forçada, não igualdade perante a lei apenas, mas igualdade contra a natureza e a verdade; uma igualdade que, para manter sempre o equilíbrio, recompensa o

A forma federativa de organização estatal se mantém no Brasil e encontra-se prevista no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que define que a República Federativa Brasileira é composta de uma união *indissolúvel* de Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Neste ponto, curioso destacar, por exemplo, que a Constituição brasileira prevê o Município como ente federativo independente, com poderes e autonomia, ao contrário dos Estados Unidos, onde os governos locais são, na realidade, tidos como entidades do Estado (no sentido de Estado como ente federativo), cuja autonomia deriva de poderes explicitamente concedidos. Há, de tal forma, governos locais com mais ou menos poderes, a depender do Estado em que se inserem, enquanto no Brasil os Municípios foram privilegiados e constitucionalizados como entes autônomos.

Embora a formação dos dois Estados tenha sido semelhante, dadas suas origens históricas, a organização interna da distribuição de poderes em ambos, embora em constante renovação, ganhou roupagens diferentes, com oscilações entre maior e menor descentralização. A maior dificuldade nessa descentralização continua sendo a da autonomia financeira, que possibilita uma autonomia de fato³²³. No caso, os Estados Unidos possuem maior descentralização de poderes às esferas subnacionais, principalmente em questões vistas no Brasil como de competência tradicionalmente nacional, tal como o desenvolvimento de infraestrutura³²⁴. Não obstante, em ambos se

pequeno em vez do grande, e confere mais honra ao vil do que ao nobre' [...]. Assim, as teorias de Wakefield encorajavam os oligarcas rurais brasileiros a acreditar que ao forçar imigrantes livres a ganhar baixos salários ou a trabalhar sob contrato, seria possível desenvolver a economia agroexportadora de forma a competir com os Estados Unidos e manter sua sociedade agrária." (HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Tradução de Cláudio Carina; revisão técnica de Luísa Valentini. São Paulo: Companhia das Letras, 2013).

³²³ "Esse relacionamento entre as vontades parciais e a vontade central tem sofrido grandes alterações com a evolução histórica do modelo federalista e denota, na análise de determinado Estado Federal, num certo momento histórico, traços peculiares e identificadores desse Estado, que apresentará variações em relação a outros Estados Federais." (ARAUJO, Luiz Alberto David. *O federalismo brasileiro* In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Organização do Estado: federalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 1, p. 138. (Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional, v. 3)).

³²⁴ MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e, *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*, cit.; GOODRICH, Carter. *Government promotion of american canals and railroads (1800-1890)*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1974; GOODRICH, Carter. National planning of internal improvements. *Political Science Quarterly*, v. 63, No. 1, p. 16-44, Mar. 1948; GOODRICH, Carter. Local government planning of internal improvements. *Political Science Quarterly*, v. 66, No. 3, p. 411-445, Sept. 1951; MCGRANE, Reginald C. *Foreign bondholders and american state debts*, cit., 1935; SBRAGIA, Alberta M. *Debt wish: entrepreneurial cities, U.S. federalism and economic development*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 1996.

observa uma maior tendência centralizadora de poderes³²⁵, dados os desafios que a sociedade atualmente enfrenta, os quais, pela dimensão, precisam de maior coordenação e capacidade organizacional.

3.2 Federalismo ambiental: interesses nacionais e impactos locais da exploração

A titularidade dos recursos minerais e petrolíferos pelos entes federativos pode provocar reações sociopolíticas complexas, considerando-se que a exploração desses recursos é de interesse nacional, seja por sua relevância econômica, seja pelo abastecimento do mercado interno ou peso na balança comercial, embora os impactos dessa atividade sejam locais. Não é raro esses empreendimentos serem de grande magnitude, de forma que provoquem consequências positivas para o país e extremamente negativas para as comunidades que os circunscvem.

A forma como é distribuída a propriedade dos recursos minerais, bem como as competências para regular as atividades exploratórias e questões correlatas, têm o condão de afetar sensivelmente o modo como elas são desenvolvidas. O aumento significativo do custo desses empreendimentos, seja devido à imposição de condicionantes que não se coadunam com o impacto ambiental, seja pelo impedimento de ser essa atividade desenvolvida, pode impactar toda a cadeia produtiva do país, visto ser ela de base.

O protagonismo das comunidades locais afetadas decorre do fato de as atividades de exploração minerária e petrolífera possuírem como principal característica a rigidez locacional dos recursos. A atividade de exploração necessariamente terá de ocorrer onde esses recursos naturais foram alocados pela natureza³²⁶, o que levanta problemas de diversas ordens, tal como destacado por Fernando Facury Scaff:

³²⁵ *“Internally, this has been an age of central, national power. The relative strength of the states has been slipping away; the federal government has grown to giant size. The federal Caesar fed on the meat of social upheaval, the two great wars and the cold war, a vast depression, and a technological revolution. [...] Every major event of the century has seemed to conspire to make the central government stronger.”* (FRIEDMAN, Lawrence M., *A history of american law*, cit., p. 656).

³²⁶ Ao contrário das demais atividades econômicas, seja no setor de serviços, comércio etc., que poderão deslocar suas unidades produtivas para outros locais, buscando vantagens ou ambientes econômica e politicamente mais estáveis e vantajosos para sua atividade, a rigidez locacional da mineração “aprisiona as empresas que quiserem explorar os recursos naturais não renováveis a certa unidade federativa” (SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 52).

[...] gera um problema de ordem muito particular, qual seja, os bens encontram-se localizados no território de um determinado Estado ou Município, que deseja reter o máximo de recursos financeiros para si, desprezando os demais entes federados que não tiveram o mesmo bafejo de sorte na localização dessas riquezas em seu território.³²⁷

Observa-se que os impactos locais causam nos países efeitos diferentes, no que tange à forma como as comunidades afetadas passaram a dialogar ou resistir a essas atividades econômicas e os impactos que elas causam, muitos dos quais, defendem, não são mitigados.

Atividades econômicas que impactam o meio ambiente são submetidas a procedimento de licenciamento ambiental ou estão sujeitas a regulação ambiental para que possam instalar seus empreendimentos. A partir dessa regulamentação, são apresentados os impactos negativos e impostas condicionantes para atenuá-los, medidas de natureza compensatória ou mitigatória ou, ainda, são estabelecidos padrões de qualidade para impedir danos e mitigar impactos ambientais.

É necessário registrar que não é factível uma meta de *impacto ambiental zero*³²⁸, vez que qualquer atividade trará algum impacto ao meio ambiente e à comunidade local. Deve-se almejar a redução e mitigação desses impactos, de forma a garantir a realização da atividade, que tem caráter estratégico, mas sem que isso seja realizado a qualquer custo.

³²⁷ SCAFF, Fernando Facury. Federalismo fiscal patrimonial e fundo de equalização. O rateio dos *royalties* do petróleo no Brasil. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.). *Direito financeiro, econômico e tributário: homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 181.

³²⁸ “Toda a atividade humana pode causar danos ao meio ambiente, não há ‘poluição zero’, de forma que a idéia de natureza intocada é um mito moderno. Por outro lado, a área em discussão sofre pressão populacional crescente, e a ocupação desordenada pode ser ainda mais degradante ao meio ambiente. [...] Essa orientação está em conformidade com a ideia de que as normas constitucionais, nesse assunto, têm o objetivo de preservação de um mínimo de ‘ponderação ecológica.’”(TRF-4ª Região – AI n. 19980401067423/SC, 3ª T., v. u., DJ, de 02.09.1998, p. 278). E também: “Não se pode ter dúvida que haverá impacto ambiental pela efetivação do empreendimento da marina, porque o mesmo quebrará a harmonia da primitiva natureza local, a qual inclui a mendicância abrigada nas proximidades e os meliantes que atacam incautos observadores da belíssima vista. Entretanto, é preciso que a vida moderna siga as necessidades da evolução social, sem romper de forma degradante com a natureza. Por isso mesmo, o projeto da ‘marina’, ‘*sub judice*’, foi estudado, observado e examinado por mais de uma década.” (TRF-1ª Região – AI n. 96.01.16427-8/BA, 4ª T., rel. Des. Fed. Eliana Calmon, j. 11.09.1996, DJ, de 28.11.1996). Marcelo Buzaglo Dantas resume bem a questão: “À vista disso, pode se dizer que os direitos fundamentais ao desenvolvimento econômico e ao meio ambiente estão em constante tensão, o que se torna um terreno fértil para a aplicação das noções desenvolvidas no capítulo anterior. Assim, havendo colisão entre eles e sendo o assunto levado ao Poder Judiciário, deve-se, tanto quanto possível, buscar a harmonização e, não sendo esta possível, é de ser aplicada a máxima da proporcionalidade, fazendo-se prevalecer, no caso concreto, um dos direitos colidentes.” (DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 175).

Não obstante, muitas vezes argumenta-se que impactos não são satisfatoriamente mensurados, quiçá mitigados. Assim, entendem as comunidades afetadas que a região da instalação estaria sendo excessivamente onerada, em prol de um interesse nacional, sem qualquer contraprestação. Em outras palavras é a comunidade anfitriã do projeto “que irá suportar os custos dessa infraestrutura – a saber, os custos de construção e gestão ou a desutilidade sobre a comunidade (prejuízo econômico, social, ambiental, sanitário ou paisagístico)”³²⁹. Mais preocupante é o fato de que geralmente esses empreendimentos (principalmente de mineração) se situam em comunidades *periféricas*, de forma que os impactos não são presenciados ou sequer vistos pelo *centro*:

Um aeroporto central é útil à cidade, mas um estorvo para os moradores do bairro lindeiro por conta dos ruídos gerados; um parque eólico é útil regionalmente, mas provoca um impacto paisagístico aos moradores daquela região; uma hidrelétrica é importante ao país, mas provoca reassentamentos populacionais [...] a linha entre a aceitabilidade ou não de um projeto pelos locais é muito tênue.

[...]

Em geral, as externalidades positivas são mais bem apropriadas politicamente do que as externalidades negativas. As externalidades positivas são mais abrangentes e atingem um número maior de beneficiários, enquanto que as externalidades negativas são mais localizadas e impactam em um número menor de pessoas. Por conta disso é que a externalidade positiva exerce um impacto político muito maior – e, por vezes, é orientadora nos investimentos em infraestrutura pelos governos.³³⁰

Ante esse cenário, as sociedades afetadas-anfitriãs vêm dialogando e avançando seu posicionamento no sentido de reivindicar melhorias na sua comunidade ou bloquear projetos danosos. Isso se funda notadamente no desejo dessas comunidades e povos afetados de serem ouvidos quando da implantação de projetos, medida necessária e imposta pelo Estado democrático.

Esse diálogo é parte do que pode ser denominado de federalismo ambiental, englobando uma mescla entre propriedade de recursos naturais e competências legais para autorização dessa atividade. Nessa discussão se inserem as discussões atuais sobre competência dos entes federativos acerca do licenciamento ambiental (a partir da Lei Complementar n. 140), pois antes havia uma competência comum e a ausência de diálogo entre autoridade licenciadora e possível ente interessado na fiscalização, culminando em um grande estoque de multas ambientais sobre o mesmo fato, e o que ora será tratado, as

³²⁹ CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 222.

³³⁰ CARVALHO, André Castro, *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*, cit., p. 222-223 e 207.

relações federativas entre entes subnacionais e a esfera nacional na execução de grandes projetos.

Especificamente no caso da exploração minerária e petrolífera, trata-se de atividade que possui amplo interesse nacional, dada a relevância das receitas arrecadadas e o papel estratégico desses recursos para fins de abastecimento interno, desenvolvimento e soberania. O problema é que o interesse nacional e do centro econômico dos países não se traduz em melhores qualidades de vida para as comunidades e esferas subnacionais afetadas pela atividade, que geralmente sofrem um impacto significativo. Ou seja, como lidam as comunidades já marginalizadas com a imposição de novo ônus em prol do interesse *nacional*, que pode não abarcar o interesse *local*?

No Brasil, observa-se uma crescente disseminação de condicionantes sociais no âmbito do licenciamento, pela qual as comunidades afetadas visam não a um bloqueio, mas a uma efetiva reparação pelos impactos que sofrem, ainda mais considerando a ausência do Estado e de serviços básicos nas regiões afetadas. Nos Estados Unidos existem movimentos de bloqueio como *not in my back yard* (NIMBY) e derivados, na tentativa de impedir a instalação de atividades tidas como indesejáveis, por meio de zoneamento restritivo ou litigância.

A rigor, ambos os posicionamentos partem de uma premissa comum, a necessidade de diálogo com comunidades afetadas por atividades econômicas de relevância nacional.

3.2.1 Brasil e as condicionantes sociais

No Brasil, as atividades passíveis de causar impactos são submetidas ao procedimento de licenciamento ambiental³³¹, no qual deverão ser apresentados estudos e relatórios de impacto para, a partir deles, definir quais serão as condicionantes pelo órgão licenciador. O objetivo é prevenir, compensar e mitigar os impactos. A imposição desse procedimento, bem como de outros instrumentos para garantir a proteção ao meio ambiente, parte da preocupação constitucional em garantir um desenvolvimento

³³¹ Lei n. 6.938/81: “Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”

sustentável, conforme os artigos 170³³² e 225³³³ da Constituição Federal, que instituem a defesa e o direito ao meio ambiente como um princípio da ordem econômica e um direito humano, respectivamente.

Assim, durante esse procedimento, os responsáveis pelo empreendimento deverão apresentar Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), documentos que constituem uma avaliação do impacto da obra, sua magnitude e extensão. Esses instrumentos auxiliam o órgão licenciador na definição de condicionantes ambientais adequadas para mitigação dos impactos, além de funcionar como mecanismo de controle do meio ambiente ecologicamente equilibrado, auxiliando a atuação do Ministério Público e da própria sociedade.

Não se ignora que essas atividades também terão externalidades positivas³³⁴, porém focarão apenas os impactos socioeconômicos negativos e como eles são enfrentados.³³⁵

³³² Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;”

³³³ Constituição Federal: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [...] § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.”

³³⁴ Falando sobre as externalidades positivas do setor de infraestrutura, o Banco Mundial afirma que “*infrastructure represents, if not the engine, then the ‘wheels’ of economic activity*” (World Bank. *World development report 1994: infrastructure for development*. New York: Oxford University Press, 1994. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/5977/WDR%201994%20-%20English.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

³³⁵ Vide também: SOLER, Jonathas Lima. Aspectos teóricos sobre os principais desafios à segurança alimentar e nutricional em comunidades afetadas pela atividade minerária de grande escala. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFDFE, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 223-235, set./fev. 2014/2015; MONTEIRO, Maurílio de Abreu; TEIXEIRA, Sheila do Socorro Lima. Mineração industrial e a estabilidade de assentamentos rurais no Sudeste do Estado do Pará, Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE (ANPPAS), 3., 2006, Brasília, DF. Disponível em: <<https://sigaa.ufpa.br/sigaa/verProducao?idProducao=2473&key=039d3c90d75e7daf120d91595c4dc549>>. Acesso em: 12 mar. 2018; PEREIRA, Denise de Castro; WILDHAGEN, Raquel Oliveira; ROSA, Josiane Cláudia Sales et al. *Cenários socioambientais em municípios com mineração: uma experiência extensionista*. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2012. Disponível em: <http://www1.pucminas.br/documentos/forext_09.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018; LEITE, Marcelo et al. A batalha de Belo Monte. *Folha de S.Paulo*, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2013/12/16/belo-monte/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

O licenciamento ambiental se insere na problemática das escolhas trágicas³³⁶, pois parte da lógica de que alguns impactos ambientais são toleráveis pela sociedade, ou seja, quais atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente serão permitidas e quais medidas serão adotadas para reduzir os impactos. Esse procedimento, portanto, atribui certo grau de discricionariedade ao órgão quando da concessão ou não de licenças, vez que haverá sopesamento de todos os impactos do empreendimento, tanto positivos quanto negativos, além da distribuição dos ônus e dos benefícios sociais, de modo a decidir se a sua execução seria adequada para o País, local e região.³³⁷

Essa discricionariedade dá amplos poderes aos agentes no ato de estabelecer condicionantes para mitigar os impactos de determinada obra, muitas dos quais não possuem controle por outro órgão, para verificar se haveria competência para tanto, ou quais os critérios que deveriam ser adotados.

Assim sendo, muitos Estados e Municípios, valendo-se dessa posição, enxergam o licenciamento como um momento propício para alavancar o desenvolvimento no seu território e visam a impor a essas obras diversas condicionantes de ordem social, transferindo para o ente privado a realização de algumas das funções do Estado. Assim, pode não ser no interesse do *governo* local bloquear uma atividade que o impacta, vez que isso implicaria aumento de atividade econômica e receita. De tal forma, pode ser que o *governo* não tenha interesse em bloquear *per se* a atividade, mas sim de ter uma atuação mais ativa perante o órgão responsável pelo licenciamento para garantir alguma benesse local a partir dessa atividade, sem que haja apenas oneração da comunidade anfitriã.

Esse posicionamento [de exigir condicionantes], embora passível de críticas (*e.g.* ausência de previsão legal e de controle), não é de todo inadequado, considerando os impactos sociais negativos advindos da obra, seja pelo deslocamento de trabalhadores para

³³⁶ Sobre este conceito, vide: CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978. “De fato, a imensa maioria dos atos nocivos à Ecologia são atos que a Humanidade não se atreve a proibir: o uso de combustíveis fósseis, de energia nuclear, de plásticos, etc. Não ousamos proibir e muito relutamos em admitir como real a necessidade de vedar tais práticas.” (FERRAZ, Roberto. Instrumentos econômicos de proteção ao meio ambiente: o art. 36 da Lei 9.985/00. In: SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Jorge Alex (Coords.). *Direito tributário e econômico aplicado ao meio ambiente e à mineração*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 328).

³³⁷ KRELL, Andreas Joachim. Licença ou autorização ambiental?: muita discussão em torno de um falso dilema. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, n. 49, p. 68-69, jan./mar. 2008.

determinada região e seus impactos nos serviços públicos (saúde, transporte público, moradia e saneamento básico), ou pelos outros efeitos adversos que podem surgir em decorrência de uma concentração maior de população (aumento da criminalidade, prostituição infantil etc.)³³⁸, ou seja, impactos advindos da obra e suas etapas de implantação, mas não diretamente da sua atividade final. A doutrina classifica essas condicionantes sociais como:

Aqueles que não possuem relação direta com os aspectos químicos, físicos ou biológicos dos impactos ambientais levantados na avaliação ambiental de qualquer empreendimento ou atividade. São exatamente aquelas que entram no rol das utilizadas como “redentoras de políticas públicas”, como afirmamos anteriormente.³³⁹

Ou ainda:

[...] aquelas orientações ou exigências que constam da licença ambiental, mas que não se referem à autorização para o empreendimento em si, elas são um campo fértil para a internalização de questões que não agregam nada em termos de controle ambiental, como questões dominiais, possessórias, urbanísticas locais, ou simplesmente que suprem a ausência de Estado.³⁴⁰

Entendem autores que as condicionantes sociais são (ou deveriam ser) utilizadas para mitigar ou compensar os impactos sociais causados pela presença do empreendimento na comunidade local e não só da atividade em si, ressaltando que alguns impactos poderão se manifestar após o término da implantação. Outros serão temporários, pois ao término da implantação, por exemplo, muitas das pessoas que migraram voltarão para suas terras natais ou seguirão para outro empreendimento. Há uma questão de temporalidade entre o licenciamento prévio e instalação, fluxo de pessoas durante instalação e aspectos sociais constatados após a implantação e o início de operação.

Yuri Jordy³⁴¹ analisa algumas dessas condicionantes no projeto de mineração desenvolvido na cidade de Juruti, no Pará. Nesse caso, a mineradora assumiu diversos

³³⁸ REIS, João Francisco Garcia; SOUZA, Jaime Luiz Cunha de. Grandes projetos na Amazônia: a hidrelétrica de Belo Monte e seus efeitos na segurança pública. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 215-230, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7730/6383>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

³³⁹ FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento. *Licenciamento ambiental: instrumento de desenvolvimento regional ou defesa do meio físico?: um estudo sobre condicionantes socioambientais*. 2017. 217 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017. p. 111.

³⁴⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 231.

³⁴¹ FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento, *Licenciamento ambiental: instrumento de desenvolvimento regional ou defesa do meio físico?: um estudo sobre condicionantes socioambientais*, cit.

compromissos voluntários voltados para melhorar a qualidade de vida da sociedade local, havendo estimativa de que, ao longo de setenta anos serão investidos cerca de R\$ 50 milhões na construção de escolas, hospitais, fornecimento de vacinas, dentre outras medidas³⁴². Essa atuação ativa da empresa que desenvolveu o projeto nesse Município contribuiu para uma melhora significativa na qualidade de vida dos cidadãos.

É indiscutível a necessidade de endereçar esses impactos sociais, vez que os impactos negativos ultrapassam os de natureza estritamente ambiental. Contudo, é igualmente necessário que essas condicionantes guardem relação com os impactos efetivamente causados e oriundos da obra em questão, além de haver previsão legal e controle. Nesse ponto é que surgem dúvidas e preocupação, pois muitas vezes é observada a imposição de obrigações extralegais e extraimpactos que fogem do escopo e do seu objetivo primordial.

Yuri Jordy, nesse ponto, ressalta que não seria possível “nem mesmo seria justo – excluir do contexto [...] mitigação ou resolução destes impactos, no bojo do processo de licenciamento, essas discussões”; destaca ainda que se isso não for feito no licenciamento ambiental, “não o será em nenhuma outra esfera [...]”, pois os “impactos sociais fazem parte dos impactos ambientais conceitualmente”.³⁴³

O problema não se insere no fato de que há impactos que precisam ser mitigados, mas sim na ausência de previsão legal das obrigações que serão impostas e o controle do órgão licenciador (i.e., sobre o próprio órgão) sobre esse ponto. A ausência de previsão legal e de limites *pode* implicar abusos por parte do órgão licenciador, que poderá utilizar a licença como meio para assegurar prestações não atinentes ao impacto, mas de interesse pessoal, em detrimento da proteção ambiental e da população local.

Não se pode, como fazem alguns autores, ignorar que há um problema de ordem jurídica e de controle.

³⁴² FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento. Licenciamento ambiental da mineração: avanços, perspectivas e novos desafios para a efetividade da norma-princípio do “desenvolvimento sustentável”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 451, out./dez. 2013.

³⁴³ FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento, *Licenciamento ambiental: instrumento de desenvolvimento regional ou defesa do meio físico?: um estudo sobre condicionantes socioambientais*, cit., p. 195.

Para ultrapassar esse *limbo* jurídico, talvez seja o caso de ser alargado o conceito de impacto ambiental³⁴⁴ ou, no caso, instituir novos instrumentos para discutir essas questões, que causam impacto direto em regiões carentes de uma presença estatal efetiva. De qualquer forma, o diálogo com a comunidade anfitriã é condição necessária para instrumentalizar a participação no processo decisório.

3.2.2 Estados Unidos: movimentos NIMBY e LULU

Ante o desenho interno de seu federalismo, com maiores poderes nas esferas estadual e local, o choque entre a sociedade afetada e projetos econômicos com externalidades negativas possui faceta diferente nos Estados Unidos. O que se observa é, em alguns casos, uma atuação mais ativa da sociedade, no sentido de bloquear empreendimentos indesejados³⁴⁵, ou seja, cidadãos das regiões afetadas têm a possibilidade de influenciar políticos locais que teriam algum grau de poder para limitar essa atividade, ou atuam no sentido de bloquear a instalação por meio do Judiciário.

O movimento desses cidadãos mais engajados, e que visam a impedir o desenvolvimento de determinada atividade ou empreendimento, ganhou o nome pejorativo de NIMBY, ou *not in my backyard* (não no meu quintal). A conotação pejorativa decorre da visão de alguns que esse movimento seria, na origem, elitista e desenvolvido

³⁴⁴ Yuri Jordy defende não necessariamente abranger o conceito, mas que a própria noção de impacto é abrangente: “[...] há, na verdade, um extenso rol de *conceitos jurídicos indeterminados*, que conferem essa ampla margem de discricionariedade ao órgão ambiental. E um desses conceitos vagos e imprecisos é da expressão ‘significativo impacto ambiental’. Aliás, o próprio termo ‘ambiental’ ou ‘meio ambiente’, que lhe faz parte, também o é. Este é o maior argumento favorável à legalidade e constitucionalidade das condicionantes sociais. Elas fazem parte tanto da abrangência conceitual quando (na verdade, por isso) da abrangência normativa de ‘impacto ambiental’.” (FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento, *Licenciamento ambiental: instrumento de desenvolvimento regional ou defesa do meio físico?: um estudo sobre condicionantes socioambientais*, cit., p. 195).

³⁴⁵ Sobre casos de resistência de comunidades a empreendimentos indesejados no Brasil, vide: CARVALHO, André Castro, *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*, cit., p. 225 principalmente e ss. O caso mais recente apontado pelo autor se refere à construção do Belo Monte, hidrelétrica instalada na Região Amazônica, afirmando que: “o país também acompanhou, em 2010 e 2011, os protestos pertinentes à construção de uma usina hidrelétrica no Rio Xingu (Belo Monte, no Estado do Pará), rechaçada pelas populações ribeirinhas e silvícolas locais e, dentro da sociedade, cientistas chegaram a contestar o projeto do Governo Federal. Outro exemplo ocorreu na discussão judicial e respectiva obtenção de medida liminar para suspensão do licenciamento da Usina Hidrelétrica de Teles Pires, em Mato Grosso (Cachoeira Sete Quedas), por conta da falta de consulta pública às populações indígenas do local.” (Ibidem, p. 227).

principalmente por comunidades do *centro*, visando direcionar as atividades, cuja proximidade seria indesejável, para a *periferia*.³⁴⁶

Embora a sigla também seja usada de forma discriminatória, atualmente é mais associada a questões de externalidades locais e comunidades afetadas por projetos de desenvolvimento, notadamente no crescente direcionamento de empreendimentos “indesejáveis” para comunidades mais pobres, ou até países menos desenvolvidos. Destaca-se também o uso da sigla LULU, ou *locally unwated land use*, utilizada para afastar a conotação pejorativa dos pleitos das comunidades afetadas.

Apesar de os pleitos das comunidades afetadas serem válidos, tendo elas um poder de restringir a instalação, há entendimento de que esse movimento teria desdobramentos indesejáveis, que levariam a uma paralisação de todas as atividades:

Um projeto impopular politicamente acarreta o efeito “*not in my term of office*” (NIMTOO), ou seja o governante não quererá implantar em seu mandato ou em sua base eleitoral – efeito “*not in my district*” (NIMD). Atualmente, usinas nucleares têm redundado no efeito “*not on planet Earth*” (NOPE) [...]. O impedimento, levado às últimas consequências, pode acabar originando o que se denomina nos acrônimos BANANA (“*build absolutely nothing anywhere near anything (or anyone)*”) e NIABY (“*not in anybody’s backyard*”), com base em outras comunidades que se solidarizam com a situação e lutam para impedir a sua implantação. Com isso, surge um “contramovimento” a essa tendência, principalmente por aqueles que querem a sua implantação, como movimentos contra os “*citizens against virtually everything*” (CAVEs) e outros de apoios como o “*yes in my backyard*” (YIMBY).³⁴⁷

A *indesejabilidade* não decorre da emancipação de comunidades locais para pleitearem maior atenção aos impactos sofridos e exigirem ser ouvidas, o que é positivo, mas sim do fato de que, em alguma medida, haverá algum impacto, sendo que algumas atividades, pela rigidez locacional, não podem ser relocadas.

³⁴⁶ “Where the local land-use process is dominated by NIMBY sentiment (as is the case in many elite suburban communities), local residents have the economic incentive and legal authority to exclude undesirable developments, without regard for the impact on regional or national land-use priorities. Even diverse localities, ones that do not fall within the affluent suburban model, may have a proclivity toward restrictive zoning. In a recent study of zoning decisions in New York City, Professors Hills and Schleicher concluded that the seriatim method that cities use to make land-use decisions systematically overprotects incumbent land users against new entrants, particularly in high-value housing areas.” (OSTROW, Ashira Pelman. Land law federalism. *Emory Law Journal*. v. 61, No. 6, p. 1.412, Sept. 2012. Disponível em: <http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/61/6/articles/ostrow.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018).

³⁴⁷ CARVALHO, André Castro, *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*, cit., p. 221.

Os governos locais, cientes dos desejos de seus eleitores, poderá promover um zoneamento para restringir o uso de solo local, o direcionando para impedir a instalação do empreendimento pretendido, podendo haver bloqueio local de interesse nacional. Esse conflito entre local e nacional causa impactos à política do país como um todo, tendo sido constatado no âmbito da independência energética americana, conforme destacado por Ashira Ostrow:

Nos últimos anos, aumentos significativos em potência eólica instalada e produção doméstica de óleo e gás reduziram a dependência em importações e trouxeram os Estados Unidos mais perto de alcançar suas metas de energia. De todo modo, zoneamento restritivo e NIMBYismo continuam impedindo o desenvolvimento da infraestrutura energética nacional.³⁴⁸

Embora a regra geral seja de controle local do uso do solo, constata-se crescente interesse da esfera federal em harmonizar esse poder com questões de interesse nacional, pelo uso de mudanças legislativas³⁴⁹ e *grants*³⁵⁰ (transferência de recursos) condicionados à adoção de políticas em consonância com os interesses federais:

³⁴⁸ No original: “*In recent years, significant increases in installed wind capacity and domestic production of oil and gas have reduced reliance on foreign imports and inched the United States closer to achieving its energy goals. Yet, restrictive zoning and NIMBYism continue to hinder the development of nationwide energy infrastructure.*” (OSTROW, Ashira Pelman, Land law federalism, cit., p. 1.417). Sobre esse tema, vide também: WISEMAN, Hannah J. Urban Energy. *Fordham Urban Law Journal*. Vol. 40, n. 5, 2013, p. 1793-1833 – nossa tradução).

³⁴⁹ “*In the Energy Act of 2005 (EPAAct), Congress granted the FERC the authority to preempt state siting authority for certain transmission lines and for liquefied-natural-gas (LNG) terminals. Thus far, FERC has not had much success siting transmission-lines or liquefied-natural-gas-terminals. Navigating the decentralized siting process continues to hinder the development of modern, secure smart grid.*” (OSTROW, Ashira Pelman, Land law federalism, cit., p. 1.418). A mesma autora cita o exemplo de telecomunicações: “*Under the Telecommunications Siting Policy, state and local governments retain almost complete authority over the substance of local zoning codes. The Siting Policy imposes three substantive constraints on local decision making, preempting local siting decisions that ‘unreasonably discriminate among providers of functionally equivalent services’, ‘prohibit the provision of personal wireless services’, or vary from FCC regulations governing radiofrequency emissions. Though siting decisions must be supported by ‘substantial evidence contained in a written record’, the decision itself is made in accordance with substantive state and local law.*” (Ibidem, p. 1.420).

³⁵⁰ “Existem dois mecanismos por meio dos quais esferas de governo não federal se tornam agências do Congresso: primeiro, o Congresso pode contratar servidores estaduais e locais com *grants-in-aid* federais, e, segundo, o governo federal pode permitir que estados e governos locais desloquem regulação federal que, de outra forma, implicaria preempção de lei não federal se a lei não federal cumprir os *standards* estabelecidos pelo Congresso”. No original: “*There are two mechanisms by which non-federal governments become the agencies of the Congress: first, the Congress can hire state and local officials with federal grants-in-aid, and, second, the federal government can allow state or local law to displace federal regulation that would otherwise preempt such non-federal law if the non-federal law meets the standards established by Congress.*” (HILLS, Roderick M. Federalism in constitutional context. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 22, No. 1, p. 184, Fall 1998). J. Wesley Leckrone afirma que o Congresso (esfera federal) se vale de quatro instrumentos “*that substantially influenced its powers vis-à-vis states and localities*”, sendo eles (i) *direct orders mandates*, (ii) *cross-cutting requirements in order to receive grants-in-aid*, (iii) *crossover sanctions*, e (iv) sistema *grants-in-aid* por si só (LECKRONE, J. Wesley. American federalism in practice: intergovernmental cooperative tension. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 444).

Apesar da retórica de controle local, leis modernas de uso do solo envolvem uma dimensão nacional significativa, embora pouco compreendida. Dadas as variações de forma e substância, pode parecer, tal como observado por outros, que esses “retalhos” [*patchwork*] federais carecem de coerência interna ou lógica subjacente. Esta Parte argumenta que esses “fios díspares” de legislação federal de terra são, de fato, unidos por um objetivo comum – para dar conta do impacto cumulativo de decisões locais de uso de solo. Assim, a legislação federal de terras oferece contrapeso ao desenvolvimento que resultaria de um controle local sem restrições.³⁵¹

Isto é, embora a regulação do solo tenha aspectos nitidamente locais, é possível a intervenção federal por mecanismos diversos, caso se entenda que isso esteja afetando algo de interesse nacional, o que, de certa forma, também poderá vir a restringir o poder de persuasão ou de protagonismo das comunidades locais possivelmente afetadas por empreendimentos que a impactam.

Não obstante, ainda assim esse movimento ou atuação desses grupos possui forte protagonismo no contexto americano, vez que há ampla autonomia dos Estados em face da esfera federal. E mais, em alguns precedentes é observado o empoderamento das esferas locais quando a discussão diz respeito a impactos ambientais sérios:

Tal como ilustrado por esforços locais de regular operações concentradas de alimentação animal e perfurações não convencionais, o empoderamento federal de autoridades locais é justificado quando riscos ambientais não são suficientemente regulados e quando riscos ambientais incertos sequer são regulados. Nesses casos, quando o empoderamento federal de autoridades locais tem como fundamento valores federalistas, ele pode avançar objetivos de boa governança e solucionar problemas ambientais locais.³⁵²

Nesse contexto, entende-se que não há definições *a priori* da regulação do uso do solo, nem necessariamente haverá uma imposição federal em face do governo local, havendo casos em que se dá privilégio à (ou não invasão de) regulação local do uso de

³⁵¹ No original: “*Notwithstanding the rhetoric of local control, modern land-use law involves a significant, though poorly understood, national dimension. Given the variation in form and substance, it might appear, as others have observed, that the federal patchwork lacks internal coherence or underlying logic. This Part argues that the disparate strands of federal land law are, in fact, bound together by a common objective – to account for the cumulative impact of local land-use decisions. In this way, federal land laws counterbalance the development that would result from unfettered local control.*” (OSTROW, Ashira Pelman, *Land law federalism*, cit., p. 1.421 – nossa tradução).

³⁵² No original: “*As local efforts to regulate CAFOs and unconventional drilling illustrate, federal empowerment of local authority is often strongly justified when serious environmental hazards are under-regulated and when uncertain environmental risk are not regulated at all. In these cases, when federal empowerment of local authority is grounded in federalism values, it can further the objectives of good governance and help solve local environmental problems.*” (ROESLER, Shannon M. *Federalism and local environmental regulation. University of California Davis Law Review*, v. 48, No. 3, p. 1.172, 2015. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/48/3/Articles/48-3_Roesler.pdf>. 15 mar. 2018 – nossa tradução).

determinada área, de forma que as comunidades locais afetadas possuem grande poder de influência.

3.3 Aspectos gerais do federalismo fiscal

Ao tratar da formação da estrutura federal dos Estados brasileiro e americano, destacou-se que essa forma de organização interna de poderes e competências pressupõe entes autônomos, não havendo necessariamente dominação de uma esfera por outra, embora, nos últimos tempos, tenha-se observado uma tendência de aumentar o poder de influência da esfera federal. De todo modo, essa autonomia prescinde de característica crucial: a autonomia financeira, sendo necessário esmiuçar a distribuição de competências e receitas tributárias, ainda que de forma geral, para verificar como é organizada a alocação de recursos financeiros entre os entes federativos.

A autonomia e a possibilidade de entes subnacionais terem papel protagonista na busca de seus objetivos, seja de redistribuição de riqueza ou promoção de desenvolvimento, pressupõem recursos para tanto, pois “partilhar atribuições (competências administrativas e legislativas) sem partilhar recursos, é transformá-las em promessas vazias, obrigações inexecutáveis”³⁵³. Ou seja, o controle do fluxo de recursos efetivamente significa controle da entidade, o que, se agravado, significaria o esvaziamento do próprio propósito da adoção da estrutura federalista.

Essa mesma linha de raciocínio é apresentada por Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao afirmar que “[p]ela subtração de recursos econômico-financeiros às entidades federadas, tem-se chegado à ruptura velada, mas não menos grave, e ao esvaziamento de algumas propostas da Federação”³⁵⁴. A autonomia financeira é essencial, sendo imprescindível que haja receitas suficientes para consecução das finalidades previstas constitucionalmente³⁵⁵, de forma que, a ausência de recursos implica fracasso do ente em cumprir com as suas

³⁵³ “Afiml, partilhar atribuições (competências administrativas e legislativas) sem partilhar recursos é transformá-las em promessas vazias, obrigações inexecutáveis.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Tributação e finanças públicas na Constituição Federal de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.453).

³⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 185.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 108.

competências e “passarão a depender do poder central para financiar suas atividades, circunstância que aniquila todo e qualquer poder autônomo que se lhes atribua”.³⁵⁶

Pode-se afirmar, portanto, que a adoção da estrutura federal, entendida como a partilha de competências com autonomia, porém com o esvaziamento de fontes de recursos, em alguns casos poderá resultar no desvirtuamento e no não alcance de objetivos pretendidos quando da adoção desse tipo de organização.

Não há entes autônomos sem receita, sendo importante destacar que não se entende receita como competência tributária de cobrar tributos. Isto é, o mero fato de haver concentração da administração tributária na esfera federal, com ganhos de escala e eficiência, não esvazia a autonomia financeira, que pode ser alcançada por diversos outros mecanismos, tais como a transferência obrigatória entre entes federativos, o que pode ser feito a partir dos mais diversos desenhos. O importante é que, a partir da distribuição de competências, cada ente tenha recursos suficientes para atender esses objetivos³⁵⁷. Tal como destacado por Fernando Facury Scaff, e em consonância com a pesquisa deste trabalho sobre *royalties*, essa divisão “envolve a partilha de receita tributária e patrimonial entre entes federados, seja por meio da *repartição das fontes de receita*, seja *repartição do produto da arrecadação*”.³⁵⁸

O objetivo deste item, portanto, será de apresentar um panorama geral do quadro atual (com alusão a alguns pontos históricos) de partilha de receitas e como cada país financia seus entes federativos, tomando o federalismo fiscal como “fórmulas financeiras

³⁵⁶ CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 14.

³⁵⁷ “Ao celebrar-se o pacto federativo através da elaboração do pacto político que é a Constituição, deve haver o sopesar das necessidades de cada ente autônomo e os recursos previstos no texto. Se não houver compatibilidade, o pacto é vesgo. Se não se estabelecer razoabilidade entre fins e meios, perecem as soluções democráticas, criando-se odiosa estrutura de dominação dos entes maiores sobre os menores. Deixando de se atender a critérios equitativos na distribuição de recursos, instaura-se o desequilíbrio repugnante entre os centros federativos de poder. Logo, urge que as limitações ao poder de tributar não tornem exangues as fontes dos Municípios e Estados, nem se instituem mecanismos de imunidades de tal ordem que atinjam somente as esferas menores da federação.” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 115).

³⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury, *Federalismo fiscal patrimonial e fundo de equalização*. O rateio dos *royalties* do petróleo no Brasil, in *Direito financeiro, econômico e tributário: homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*, cit., p. 181. Heleno Taveira Torres apresenta o mesmo raciocínio, ao destacar que um dos aspectos da Constituição financeira é “aquele que demarca o âmbito material do *federalismo fiscal*, quanto à discriminação de rendas, mediante a repartição constitucional de competências e a distribuição do produto arrecadado dos tributos entre os entes federativos” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243-244).

para o rateio espacial das receitas públicas visando à sua melhor distribuição entre os diversos entes subnacionais”; esse critério é “político, que envolve aspectos financeiros, visando a melhor atender a população nos mais diversos rincões do território de um país”.

Antecipando-se às conclusões, ambos os países, seja pelo uso de fontes alternativas de recursos para evitar a partilha, impondo desequilíbrio (caso brasileiro), seja pelo aumento dos desafios que não podem ser adequadamente endereçados por entes subnacionais (caso americano), observa-se certa tendência dos dois países em concentrar maior poder financeiro na esfera federal. Em certa medida, e com as devidas ressalvas, verifica-se a ocorrência do financiamento centrípeto, pelo qual ambos os países, atualmente em fase de um federalismo cooperativo, concentram poder de arrecadação ou financiamento na esfera federal “em favor das autonomias de menos capacidade financeira”.³⁵⁹

No caso brasileiro há de forma mais nítida uma convergência para a esfera federal, que assume a responsabilidade pelo “financiamento dos entes periféricos”³⁶⁰, a partir de transferências legais e voluntárias, enquanto no âmbito americano isso se dá mediante transferências voluntárias e avulsas (i.e., não estruturadas e institucionalizadas no texto constitucional).

Por outro lado, a Constituição americana não prevê em seu texto contornos sobre o federalismo fiscal no que tange à redistribuição de receitas, embora constem alguns dispositivos acerca da distribuição de competências tributárias, além de outros pontos sobre a dívida pública. Assim, para se ter uma visão ampla sobre o tema, seria necessário averiguar inclusive nas Constituições estaduais, o que ora não será feito a fundo.

A formação do federalismo americano foi inicialmente dual, com divisões estanques e sem interferência e cooperação entre os entes federados, o que levou a disputas interestaduais. A mitigação do regime dualista se deu apenas com a intervenção da Suprema Corte, a partir de julgados que ampliaram a esfera de competência do ente nacional, principalmente a partir de análises da *cláusula da supremacia* e da regulação do *mercado interestadual*. A ideia seria harmonizar a disputa entre Estados a partir de uma

³⁵⁹ TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 244.

³⁶⁰ TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 244.

competência mais ampla da União. Não obstante, alguns entendem que a jurisprudência recente³⁶¹ sinaliza um retorno ao regime dual não cooperativo, do que se discorda. Ao contrário do afirmado, a jurisprudência não sinaliza uma devolução de maiores poderes aos Estados, mas sim estanca a expansão do poder federal, sem um regresso da competência (da União) já conquistada.³⁶²

A crescente participação da esfera federal, de acordo com William Fox, se deu a partir da imposição de limites a fontes de financiamento que podem ser acessadas por governos estaduais e/ou locais, além da dificuldade que esses entes subnacionais enfrentam para levantar recursos para financiar o cumprimento das obrigações de suas competências, embora as esferas federal e estadual tenham controle sobre suas bases fiscais³⁶³. No caso, as entidades locais (condados, municípios etc.) atuam sob delegação de poderes expressos dos Estados, sendo efetivamente entidades do Estado, não tendo autonomia ampla. De qualquer forma, não há uma fórmula legalmente estabelecida, tal como no Brasil, onde há previsão expressa de repasses constantes para os entes subnacionais.³⁶⁴

No que tange à competência tributária, a Constituição não impõe limites à esfera federal, apenas afirmando que o Congresso tem competência para cobrar tributos (artigo 1º, Seção 8), não havendo qualquer limitação ao poder dos Estados, fora a impossibilidade dos tributos afetarem o comércio interestadual, de forma a acionar a *interstate commerce clause*.

O principal tributo federal no quesito arrecadatório é o imposto sobre a renda, que corresponde a 80% do total de tributos arrecadados. Os Estados, por sua vez, além de também poderem tributar a renda, têm como fonte de receita principal o tributo sobre vendas, havendo uma distribuição quase equânime entre esses dois tributos, embora entre

³⁶¹ TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 260.

³⁶² LECKRONE, J. Wesley, American federalism in practice: intergovernmental cooperative tension. in *O federalista atual: teoria do federalismo*, cit., p. 441-442.

³⁶³ FOX, William F. *The United States of America: the practice of fiscal federalism: comparative perspectives*. London: McGill-Queen's University Press, 2006. p. 345. (A Global Dialogue on Federalism, v. 4).

³⁶⁴ Vigorou nos Estados Unidos no período de 1972-1986 o *State and Local Fiscal Assistance Act*. Sobre o tema, vide: MYERS, Will S. A legislative history of revenue sharing. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. v. 419, No. 1, p. 1-11, May 1975; SUSSKIND, Lawrence. Revenue sharing and the lessons of the new federalism. *Urban Law Annual: Journal of Urban and Contemporary Law*, v. 8, p. 33-71, Jan. 1974 Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1717&context=law_urbanlaw>. Acesso em: 10 abr. 2018.

os Estados o espectro seja amplo, no que tange à forma como são coletados esses tributos³⁶⁵. As esferas locais, por sua vez, concentram seu poder tributário nas propriedades, valendo-se dessa receita principalmente para financiar serviços locais, tais como educação, conforme mostra a tabela abaixo:³⁶⁶

<i>Function</i>	<i>Federal</i>	<i>State or provincial</i>	<i>Local</i>	<i>All</i>
Defence	100.0	0	0	100
Interest	65.7	13.8	20.5	100
General administration	40.0	25.9	34.1	100
Law and order				100
Economic services				100
Social services				100
Health	66.8	14.5	18.7	100
Education	4.4	26.4	69.2	100
Subsidies				100
Total	45.7	24.4	29.9	100
Local Public Services	8.7	27.0	64.2	100

Essa distinção-classificação serve apenas para fins didáticos, vez que as diferenças em nível estatal e local são amplas, além de haver sobreposição entre tributos que poderão ser cobrados. A ampla participação da esfera federal na arrecadação, de qualquer forma, é o aspecto dominante, de modo que a “estrutura fiscal dos EUA é descentralizada mais fortemente pelo lado dos gastos do que pelo das receitas, o que evidencia a importância das transferências intergovernamentais”³⁶⁷, com ampla participação de entes subnacionais em todos os gastos, sendo necessário averiguar melhor como funciona esse repasse.

Considerando que não há regra geral de repasse, ele se dá mediante os denominados *grants*, que possuem diversos formatos, tais como *project*, *categorical* e *block*, e podem ser moldados em relação à fórmula de composição do repasse, inclusive

³⁶⁵ “Existe um amplio rango de dependência de la imposición sobre la renta. Siete estados no tienen impuesto sobre la renta de las personas físicas y otros dos obtienen de él menos de 2% de sus ingresos propios. El porcentaje se eleva al cifras entre el 15% y el 35% en la mayoría de los otros estados, y los que más confían en este tipo de imposición (Oregon, New York, Massachusetts y Georgia) obtienen de él el 44%, 42%, 37% y 36%, respectivamente, de sus ingresos propios.” (KHRAICHE, Maroula; FLAHERTY, Patrick. Federalismo fiscal: el caso de Estados Unidos. Traducción de Gema Fernández-Avilés Calderón. *CLM. Economía: Revista Económica de Castilla-La Mancha*, n. 8, p. 330, 2006. Disponível em: <http://www.clmeconomia.jccm.es/pdfclm/maroula_8.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018).

³⁶⁶ FOX, William F., *The United States of America: the practice of fiscal federalism: comparative perspectives*, cit., p. 352-354.

³⁶⁷ PAES, José Eduardo Sabo; OLIVEIRA, Marcos Roberto de. Características do sistema tributário nos Estados Unidos da América: alguns tópicos relevantes. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário: RDIET*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 61, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/6643/4208>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

com exigência de o governo estadual dedicar o mesmo montante financeiro repassado pela esfera federal. Atualmente³⁶⁸, a composição dessas transferências federais tem mudado sua roupagem, passando a utilizar mais critérios redistributivos para indivíduos, sendo que “o rápido aumento de custos com saúde e, portanto, do programa Medicaid, tem sido a força motriz por trás do aumento crescente de transferências para indivíduos”³⁶⁹. Esses tipos de transferência também ocorrem do nível estadual para o governo local, bem como entre a esfera federal e a local, visando justamente a incentivar governos locais a observarem ou implantarem diretrizes nacionais.³⁷⁰

Por sua vez, a formação do federalismo fiscal brasileiro está prevista na própria Constituição Federal, com definições explícitas e pormenorizadas de competências tributárias, além da participação de entes subnacionais na arrecadação da esfera federal, o que foi feito com foco exclusivo na redução de desigualdades entre entes federativos e regiões macropolíticas. A Constituição determina que a federação brasileira será composta pela União, Estados, Municípios³⁷¹ e Distrito Federal, todos entes autônomos, tendo como um de seus objetivos reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º), sendo atribuída a cada esfera governamental competência tributária e repartição da arrecadação.

A partir dessas regras gerais, a legislação federal ainda define outros repasses para Estados e Municípios (i.e., FUNDEB) e a legislação estadual pode prever regras para

³⁶⁸ ““A efetividade do processo político federal na preservação dos interesses dos Estados é aparente até nos dias atuais no decorrer da legislação federal. De um lado, os Estados conseguiram redirecionar parte substancial das receitas federais para seu tesouro na forma de grants gerais e de programas específicos. O papel da esfera federal em prestar assistência aos governos estadual e local é de longa data; o Congresso providenciou grants de terras federais para financiar governos estaduais desde o início da República, e grants de recursos financeiros diretos foram dados desde 1887 com base na Lei Hatch”. No original: “*The effectiveness of the federal political process in preserving the States’ interests is apparent even today in the course of federal legislation. On the one hand, the States have been able to direct a substantial proportion of federal revenues into their own treasuries in the form of general and program-specific grants in aid. The federal role in assisting state and local governments is a longstanding one; Congress provided federal land grants to finance state governments from the beginning of the Republic, and direct cash grants were awarded as early as 1887 under the Hatch Act.*” (Garcia v. San Antonio Transit Authority. 1913).

³⁶⁹ No original: “[t]he rapid rise in health care costs, and therefore in the Medicaid program, has been the driving force behind the growth in transfers for people” (FOX, William F., *The United States of America: the practice of fiscal federalism: comparative perspectives*, cit., p. 361 – nossa tradução).

³⁷⁰ Isso também ocorre, em alguma medida, no Brasil, vide: MACHADO, José Angelo. Federalismo e políticas sociais: conexões a partir da teoria da agência. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 69, n. 1, p. 57-84, jan./mar. 2018.

³⁷¹ Ao contrário dos Estados Unidos, que atrelou o governo local ao estadual, com repasse de competências deste para aquele, a Constituição Federal, no artigo 30 atribuiu autonomia (art. 18) e competência legislativa, além de poder “III -instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;”

transferências aos Municípios (i.e., definição de cálculo do valor agregado fiscal para fins de distribuição de receitas ICMS aos Municípios).

No que tange à distribuição de fontes de arrecadação, o texto constitucional apresenta em detalhes a forma como a competência será distribuída entre os diferentes níveis federativos, havendo tanto competência impositiva privativa quanto competência impositiva compartilhada, embora caiba à esfera federal instituir normas gerais sobre finanças públicas e sobre direito tributário, nos termos do artigo 146. Esmiuçar todas as peculiaridades do sistema tributário não seria adequado para esta visão geral, de forma que serão abordados alguns tributos pontuais, fazendo um paralelo com o sistema americano e apontando algumas das suas deficiências.

O artigo 153 da Constituição elenca os fatos-atividades sobre os quais a esfera federal tem competência para instituir tributos, com foco no imposto sobre a renda, além de questões como importação e exportação, de forma a dar efetividade a uma política de comércio exterior coesa e garantir também o aumento na eficiência quanto à cobrança desses valores. Aos Estados, por sua vez, atribuiu-se competência para tributar a circulação de mercadorias dentro do seu território, sendo essa a principal fonte de receita desses entes federativos, além de ser autorizada a tributação de heranças e propriedade de veículos automotores, conforme o artigo 155. Por fim, é garantida aos Municípios a competência para tributar a propriedade imóvel urbana, serviços em geral e a transmissão de bens dentro do seu território. Essa competência tributária, cotejada com a competência sobre gastos, segue o princípio da subsidiariedade, visando a garantir autonomia aos entes para tributarem sua população local, a qual receberá, em contraprestação, serviços oferecidos pela entidade local. Neste ponto, é válido apresentar a tabela elaborada por Fernando Rezende³⁷² sobre gastos diretos e níveis de governo:

³⁷² REZENDE, Fernando. Federal Republic of Brazil. In: SHAW, Anwar (Ed.). *The practice of fiscal federalism: comparative perspectives*. Montréal; London: Forum of Federations; McGill-Queen's University Press, 2007. p. 79. (A Global Dialogue on Federalism, v. 4).

Function	Federal (%)	State (%)	Municipal (%)	Total (%)	% of GDP
Defence	99,8	...	0,2	100,0	0,9
Debt servicing	85,4	12,0	2,6	100,0	10,4
General administration	46,1	28,9	25,0	100,0	5,3
Law and order	26,2	71,5	2,4	100,0	3,2
Economic services	53,7	33,9	12,4	100,0	3,3
Social services	51,9	25,3	22,8	100,0	23,6
Health	26,5	33,6	39,8	100,0	3,8
Education	15,6	49,8	34,6	100,0	5,3
Old age	85,5	11,3	3,3	100,0	10,7
Other social services	32,6	22,6	44,8	100,0	3,7
Subsidies
Total	58,0	26,1	15,9	100,0	46,7
Local Public Services	13,6	43,3	43,0	100,0	10,1
Primary and Secondary education	1,7	43,5	54,9	100,0	3,2
Health	26,5	33,6	39,8	100,0	3,8
Housing and community amenities	3,9	14,3	81,9	100,0	1,2
Environmental Protection	14,6	42,8	42,5	100,0	0,3
Police Services	10,1	87,1	2,8	100,0	1,6

O outro instrumento de autonomia financeira de entes previstos na Constituição é a transferência e partilha vertical de receitas tributárias. A Constituição, reconhecendo que a mera “atribuição de competências tributárias, isoladamente, é um instrumento incapaz de assegurar a suficiência de recursos aos entes federados”³⁷³, proporcionando a “distribuição do produto arrecadado dos impostos entre as unidades de menor capacidade econômica”³⁷⁴.

As transferências *obrigatórias* possuem duas modalidades previstas, *direta* e *indireta*, previstas nos artigos 157 a 161 da Constituição, todas as quais são feitas de “forma automática, direta e incondicionada, no cumprimento das regras que compõem o *federalismo cooperativo equilibrado*”³⁷⁵. A transferência *direta* parte da partilha de receita de alguns impostos, tais como parcela do Imposto de Renda e Imposto Territorial Rural, o primeiro permitindo retenção na fonte e o segundo uma transferência propriamente dita. Nesses casos, as distribuições são feitas a partir dos contribuintes localizados no território do ente subnacional (ou localização da propriedade).

³⁷³ CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Coords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 24.

³⁷⁴ TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 263.

³⁷⁵ TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 283.

A modalidade *indireta*, por sua vez, segue uma lógica redistributiva e de redução de desigualdades, realizando a redistribuição por mecanismos de Fundos de Participação, para “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios, e que toma por base a relação entre população e riqueza de cada ente federativo, para melhor distribuir a arrecadação efetuada”³⁷⁶ a partir de fórmulas específicas para o tributo em análise. O sistema de fundos abrange diversas espécies, sendo mais relevante, para este item, tratar do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), cuja finalidade específica é reduzir as desigualdades de determinadas regiões macropolíticas (Norte, Nordeste, Centro-oeste).

Vale destacar dois pontos de desvios do federalismo fiscal brasileiro, ainda que *en passant*: desinteresse em impostos cuja receita é partilhada e a guerra fiscal. Primeiro, observou-se, ao longo dos anos, o desinteresse da União em arrecadar alguns tipos tributários, vez que a maior parte da arrecadação é partilhada com os demais entes federativos. Houve, assim, um direcionamento da esfera federal para as chamadas *contribuições*, cuja receita não é partilhada e é crescente:

Tanto assim é que, muito embora teoricamente vinculados diretamente ao orçamento da Seguridade Social, PIS, COFINS e CSLL (sem contar com a contribuição previdenciária), responderam em 2008 por 6,4% do PIB nacional. Enquanto os tributos federais com maior arrecadação (IR e IPI), cuja soma deveria ser muito superior justamente porque visam o financiamento de todas as demais atividades a serem desenvolvidas pelo Estado, e não apenas a Seguridade Social, alcançam o montante de 8,08%.³⁷⁷

Isto é, apesar do federalismo cooperativo na partilha de receitas, observam-se no federalismo brasileiro condutas fratricidas para sacrificar a arrecadação, tanto no nível federal, conforme acima afirmado, quanto no municipal, em que há desinteresse em cobrar tributos próprios (*e.g.* IPTU), em razão do recebimento de *royalties*, dentre outros exemplos.

³⁷⁶ SCAFF, Fernando Facury. Federalismo fiscal cooperativo no Brasil. In: LEITE, George Salomão et al. (Coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!*: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. Parte 2, cap. 7, p. 117.

³⁷⁷ SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Coords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 291.

Segundo, atribuiu-se aos Estados a competência para tributar a circulação de mercadorias, o que gerou disputas tremendas, com a redução desse tributo para incentivar investimentos locais, benefícios esses concedidos sem a observância da regra constitucional. Esse fenômeno é reconhecido pelo nome de *guerra fiscal*. O que se observa, na prática, é uma espécie de *race to the bottom* entre entes disputando investimentos “móveis”, abrindo mão de receita própria e gerando distorções.

Gilberto Bercovici apresenta um panorama geral sobre as distorções na autonomia financeira dos entes federativos, afirmando que ela:

[...] constitui entrave às metas federais de ajuste fiscal, há, desde este período, uma forte tendência à centralização, com a crescente reconcentração de receitas na órbita federal. Privados de recursos federais, por meio de transferências ou investimentos diretos da União, os Estados e Municípios, também em crise financeira, lançaram-se em uma luta fratricida de captação de recursos da iniciativa privada: a guerra fiscal. Estas são duas principais características do federalismo brasileiro pós-1988: ao invés da coordenação e cooperação previstas no texto constitucional, o que se constata é a recentralização de receitas na órbita federal e a disputa cada vez mais acirrada entre os entes federados.³⁷⁸

Apesar das distorções, e ciente de que todo e qualquer sistema apresentará dificuldades na consecução de seus objetivos, principalmente a partir da proporção dos desafios enfrentados pelos Estados atuais, o brasileiro tem uma vantagem sobre o americano, pois prevê explicitamente a distribuição de receitas entre entes federativos, não passando necessariamente por uma análise isolada de programas ou transferências avulsas.

3.4 Rateio de receitas minerais

O rateio espacial de receitas, independentemente da sua origem (*e.g.* originárias ou transferidas), é um critério nitidamente político e visa, para além de atribuir autonomia efetiva aos entes federativos que compõem a federação, à possibilidade de custearem as atividades (*e.g.* serviços públicos) de sua competência. O critério político dessa repartição, em outras palavras, “visa assegurar um equilíbrio federativo, tanto em relação às próprias entidades descentralizadas entre si, como também na relação destas com o poder central,

³⁷⁸ BERCOVICI, Gilberto, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, cit., p. 173-174.

de forma a permitir que cada uma delas possa, com recursos disponíveis, realizar as atividades que lhe foram atribuídas”.³⁷⁹

A instituição dos *royalties*, como já visto, tem diversas finalidades e justificativas, embora se entenda que sua origem seja, de forma geral, um preço público pago ao Estado pela exploração de um patrimônio público pertencente à sociedade como um todo. Embora o patrimônio seja público, a localização dos recursos minerais e petrolíferos é concentrada em determinadas regiões.

Embora tratando do caso brasileiro, a análise de Fernando Facury Scaff³⁸⁰ também se aplicaria, *mutatis mutandis*, ao território americano: “[E]mbora ninguém discuta tratar-se bens dominiais da União, as jazidas se situam no território de um Estado, de um Município ou do Distrito Federal”, isto é, sobre o “espaço geográfico superpõem-se os desdobramentos político-administrativos, rateando as receitas públicas”.

A redistribuição das receitas oriundas da exploração desse patrimônio público³⁸¹ é um desafio, pois envolve a propriedade e o local da exploração, sendo necessário decidir quanto cada um receberá do quinhão total, pois “com melhor distribuição geográfica desses recursos financeiros, pressupõe-se que os entes federados tenham a possibilidade de utilizar essa receita pública em prol da população [...] e ter melhor qualidade de vida”.³⁸²

A questão que ora se propõe a analisar é a repartição do produto da arrecadação³⁸³, ou, nas palavras de Sampaio Dória³⁸⁴, a discriminação pelo produto, da exploração de recursos minerais e petrolíferos. Naturalmente, essa distribuição tem desenhos institucionais distintos, a depender da substância que está sendo explorada, se minerária ou petrolífera, e, no segundo caso, se a exploração ocorre *onshore* ou *offshore*, como será esmiuçado abaixo.

³⁷⁹ CONTI, José Maurício, *Federalismo fiscal e fundos de participação*, cit., p. 32.

³⁸⁰ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 248.

³⁸¹ Tratar-se-á exclusivamente da distribuição de *royalties* públicos e não de *royalties* privados, ou seja, o direito dos superficiários no Brasil e *royalties* contratualmente estabelecidos para a exploração de recursos naturais privados nos Estados Unidos.

³⁸² SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 249.

³⁸³ CONTI, José Maurício, *Federalismo fiscal e fundos de participação*, cit., p. 36.

³⁸⁴ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo, José Bushatsky, 1972. p. 19.

3.4.1 Rateio de receitas da exploração mineral *stricto sensu*

3.4.1.1 Brasil

Como visto, os recursos minerais e petrolíferos no Brasil são de titularidade da União, que os detém, gerencia e explora (ou permite a exploração) em prol dos seus cidadãos e da sociedade. Naturalmente, essa exploração ocorrerá no interior de algum Estado e dentro do território de algum Município específico. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, não se encontra multiplicidade de regimes distintos de partilha, a depender de onde ocorreu a exploração e do seu titular, vez que lá pode haver exploração de recursos federais, estaduais e privados, mas no Brasil há um regime único.

Não havendo dúvidas sobre esses pontos, cabe esmiuçar o que foi previsto no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição Federal, sendo assegurado 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, [...] e de outros recursos minerais [...] ou compensação financeira por essa exploração”.³⁸⁵

Ultrapassada eventual divergência sobre o que poderia constituir participação e compensação financeira³⁸⁶, cabe explorar como o Brasil optou por distribuir essas receitas,

³⁸⁵ Curioso destacar a posição de Ives Gandra da Silva Martins: “Determina o parágrafo que tal participação ou compensação será determinada por lei. Creio que a lei deveria ser complementar, apesar de não falar o constituinte nessa espécie legislativa. É que a lei complementar, sobre ser mais permanente, é uma lei nacional, em que a União apenas oferta seu aparelho legislativo para que seja produzido comando normativo que obrigue União, Estados, Distrito Federal e Municípios. [...] Ora, na medida em que pretendeu o constituinte outorgar participações e compensações, objetivando a descentralização federativa, que é a tônica idealizada pelo novo Texto, não pode deixar nas mãos do legislador federal a determinação dos termos e percentuais de tal participação ou compensação visto que correriam os demais entes federados o risco de pouco receber.” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 18 a 23. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, t. 1. p. 107-108). Fernando Facury Scaff discorda dessa posição, destacando que a Constituição não exigiu isso no texto, além de que outras “normas federais abrangem o território nacional” e que “o receio corretamente apontado por Ives Gandra acabou por não se concretizar, que seria de a União se apoderar da maior parte dos recursos, em detrimento dos demais entes federados” (SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia*: aspectos constitucionais, financeiros e tributários, cit., p. 257-258).

³⁸⁶ “A norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um ‘prejuízo’ decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação nos benefícios. Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofre 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 admissível, sob a condição do prejuízo.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*: arts. 1º a 103. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 154). Um apinhado geral e reduzido sobre a questão pode ser visto em: FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público*: uma nova teoria, cit., p. 168-169.

atentando para as reformas recentemente implantadas, que podem suscitar nova discussão sobre o motivo pelo qual se cobram *royalties*, vez que se incluiu no rol de entes os Municípios afetados (i.e., em outras palavras, se a cobrança e distribuição visa a compensar os Municípios afetados ambientalmente pela atividade).

Antes de esmiuçar os aspectos normativos da distribuição e o sistema adotado pelo Brasil, cabe destacar que aos Estados é devida uma participação na receita arrecadada, sendo a União responsável pela sua cobrança e arrecadação, havendo posterior transferência aos entes cabíveis. Mais claramente, “entes subnacionais não possuem direito autônomo ao recebimento dos *royalties* diretamente das empresas concessionárias, exceto se a União, por lei, assim o permitir”³⁸⁷. O direito à participação no resultado, portanto, não pressupõe competência tributária.

Inicialmente, abordar-se-á o regime de distribuição vigente no Brasil antes das alterações instituídas a partir do final de 2017 e início de 2018, que introduziram desdobramentos interessantes no federalismo fiscal de receitas de exploração mineral.

O regime vigente até o início de 2018 estava previsto na Lei n. 8.001/90, que “define os percentuais da distribuição da compensação financeira”, especificamente no artigo 2º, que determina a distribuição da seguinte forma: (i) 23% aos Estados e Distrito Federal onde ocorre a exploração, (ii) 65% aos Municípios onde ocorre a exploração e (iii) 12% aos órgãos da Administração Direta da União³⁸⁸, tais como o Ibama, o qual destina parcela ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT).

³⁸⁷ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 253.

³⁸⁸ Essa destinação direta se repete na atividade petrolífera, cabendo aqui destacar, ainda que pontualmente, alguns posicionamentos a respeito. Regis Fernandes de Oliveira, sobre essa distribuição direta, afirma ser “[...] sem sentido que assim se estabeleça, uma vez que órgãos da União não podem receber diretamente” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 404). Kyoshi Harada também afirma ser “estranho que a Constituição tenha incluído como beneficiários da compensação financeira os órgãos federais, que não têm personalidade jurídica própria como a União, que é titular dos recursos naturais da plataforma continental” (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 81). Andressa Torquato Fernandes, por sua vez, afirma que “o dispositivo apenas reforça a possibilidade de a União vincular parte da receita obtida com a venda do petróleo a órgãos da administração federal. Isso poderia ser feito por meio de Lei Ordinária, ainda que a Constituição silenciase sobre o assunto, pois a regra contida no inciso IV do artigo 16 da Constituição Federal, citada por Regis de Oliveira, apenas veda a vinculação de impostos, não das receitas públicas gerais” (FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 167).

Como destacado acima, essas receitas são arrecadadas pela União e posteriormente transferidas aos respectivos entes, isto é, são receitas “arrecadadas pela pessoa jurídica competente para a tributação, mas a ela não pertencem, devendo ser transpassadas a outras pessoas jurídicas menores (Estados e Municípios)”.³⁸⁹

Pela análise dos critérios redistributivos da receita, percebe-se que os entes mais beneficiados são os Municípios onde ocorre a exploração minerária e onde se concentra, também, maior parte dos impactos socioeconômicos e ambientais da atividade, havendo privilégio de concentração intensiva de receita na circunscrição onde há a atividade³⁹⁰. Não obstante, e conforme destaca Maria Amélia Rodrigues da Silva, a distribuição não beneficia os Municípios “sob a ‘área de influência da atividade mineral’”, tais como:

[...] os municípios afetados pelas externalidades negativas da mineração, como crescimento demográfico acentuado, incremento no fluxo de cargas, danos ao meio ambiente, dentre outros, não recebem nenhuma parcela dos *royalties*. Do mesmo modo, os *royalties* são pagos somente aos municípios aonde a frente de lavra se localiza. Caso a frente de lavra se desloque para outro município vizinho, este último terá suas receitas municipais subitamente elevadas e o primeiro terá suas receitas reduzidas. Isso provavelmente ocorrerá nos casos da jazida de bauxita metalúrgica da MRN que no futuro atingirá os municípios de Faro e Óbidos e da jazida de ouro de Serra Leste, em Carajás, que alcançará os municípios de Parauapebas e Curionópolis.³⁹¹

Essa concentração de receita não é isenta de críticas, seja pela dispersão do uso e do baixo potencial transformador do gasto pelo Município – o que será melhor explorado no capítulo seguinte –, seja por se dar em um único local, apesar de ser oriunda de um recurso mineral que é de todos. A título de exemplo, o Município paraense de Parauapebas recebeu no ano de 2017 cifras multimilionárias de *royalties* minerários, no valor de R\$ 248.428.467,35, colocando-se no topo dos Municípios que mais recebem *royalties*. Mais

³⁸⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 271. O autor destaca que a “regra é a vedação de retenção de qualquer recurso. É que são eles titularizados pelos diversos entes federados. Embora a União ou o Estado arrecade o tributo, a eles não pertence, devendo parte do valor arrecadado ser entregue às entidades federadas menores. Logo, a titularidade do tributo é do Estado ou do Município, dependendo do tipo de imposto” (Ibidem, p. 272).

³⁹⁰ Manifestando-se de forma contrária a essa concentração na distribuição e defendendo uma distribuição que beneficie, de alguma forma, todos os entes do País, vide: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Royalties* do petróleo e as questões constitucionais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 12, n. 62, p. 125-134, jul./ago. 2010.

³⁹¹ SILVA, Maria Amélia Rodrigues da. *Royalties* da mineração: instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável nas regiões mineradoras na Amazônia oriental? *Cadernos do IG/UNICAMP*, Campinas, v. 8, n. 1/2, p. 5, 2000. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/3086/1/Artigo_RoyaltiesMineracaoInstrumento.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.

especificamente, em 2017, Parauapebas recebeu 21% da totalidade de *royalties* distribuídos aos Municípios brasileiros, cujo total foi de R\$ 1.160.616.541,04.³⁹²

A rigor, parece que, na prática, a concentração foi direcionada ao ente federativo mais próximo de onde ocorre a exploração, o que não parece adequado, ante os motivos pelos quais a receita foi instituída e o fato de que existem outras fontes financeiras para compensar questões como aumento de serviços públicos a partir da crescente população.

Como adiantado no início deste item, o regime jurídico de distribuição sofreu alterações. Em 2017, o governo editou três medidas provisórias alterando o marco regulatório da mineração, inclusive quanto à distribuição dos *royalties* arrecadados. Essa alteração culminou na aprovação da Lei n. 13.540, em dezembro de 2017, resultado da conversão da MP n. 789, e alterou dispositivo das Leis ns. 7.990/89 e 8.001/90.

De acordo com a nova legislação, que foi submetida a intensos debates e centenas de propostas³⁹³ de alteração das medidas provisórias originais, a nova distribuição de *royalties* será realizada da seguinte forma: (i) 7% para a Agência Nacional da Mineração; (ii) 1% para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT); (iii) 1,8% para o Centro de Tecnologia Mineral (CETEM); (iv) 0,2% para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama); (v) 15% para os Estados e Distrito Federal onde ocorre a mineração; (vi) 60% para os Municípios e Distrito Federal onde ocorre a mineração; (viii) 15% para os Municípios afetados pela mineração, quando a atividade não ocorrer em seus territórios.

Para facilitar a visualização das alterações, cabe apresentar quadro comparativo dos regimes de distribuição anterior e atual:

³⁹² Todos esses dados foram extraídos do seguinte sítio eletrônico: <https://sistemas.dnpm.gov.br/arrecadacao/extra/Relatorios/distribuicao_cfem.aspx>. Acesso em: 07 fev. 2018.

³⁹³ Conforme noticiado pela Câmara dos Deputados, foram recebidas quase 500 emendas, sendo que 138 destas tratavam especificamente dos *royalties* da mineração (CFEM). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/538936-MEDIDAS-PROVISORIAS-QUE-ALTERAM-LEIS-DE-MINERACAO-RECEBEM-QUASE-500-EMENDAS.html>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

Distribuição de <i>royalties</i> - Mineração			
Regime anterior		Regime atual	
Estados e Distrito Federal	23%	Estados e Distrito Federal	15%
Municípios	65%	Municípios	60%
FNDCT	2%	FNDCT	1%
DNPM/ANM	8%	DNPM/ANM	7%
Ibama	2%	Ibama	0,2%
***	***	CETEM	1,8%
***	***	Municípios afetados	15%

A principal alteração promovida na distribuição, além de uma maior distribuição entre entidades, incluindo outros órgãos da Administração Pública, e que provoca maior dispersão de receitas, é a inclusão de Municípios afetados, abarcando, nas palavras de Maria Amélia Enriquez³⁹⁴, os entes que estariam na área de influência da atividade, definidos normativamente como aqueles onde não ocorre a mineração em si, mas que são:

a) cortados pelas infraestruturas utilizadas para o transporte ferroviário ou dutoviário de substâncias minerais; b) afetados pelas operações portuárias e de embarque e desembarque de substâncias minerais; c) onde se localizem as pilhas de estéril, as barragens de rejeitos e as instalações de beneficiamento de substâncias minerais, bem como as demais instalações previstas no plano de aproveitamento econômico.³⁹⁵

A inclusão desses Municípios no rol serviu para amparar aqueles que afirmavam ser prejudicados pela atividade, a partir de *instalações* em seu território, conforme destacado por Karla Batista, representante do Consórcio dos Municípios dos Corredores Multimodais do Maranhão, durante audiência pública, ao afirmar que “[t]anta riqueza passando na nossa porta, ficamos apenas com a poeira do minério”, destacando a população de 23 Municípios que compõem a entidade e por onde escorre a produção de ferro em Carajás, no Estado do Pará.³⁹⁶

Embora se tenha mantido uma concentração maciça de recursos financeiros oriundo da exploração minerária no local da exploração, houve uma ampliação do rol de

³⁹⁴ ENRIQUEZ, Maria Amélia, *Mineração: maldição ou dádiva?: os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*, cit., p..

³⁹⁵ Artigo 1º da Lei n. 13.540/2017.

³⁹⁶ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/11/royalties-da-mineracao-no-brasil-estao-abaxio-da-media-mundial-diz-especialista>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

beneficiados. Essa concentração foi mantida para auxiliar nos impactos socioeconômicos, principalmente de longo prazo, ocorridos nas comunidades locais. Isto é, embora a justificativa pela cobrança não seja necessariamente o impacto da atividade, seja ambiental, seja social, ao menos em parte o desenho da distribuição se deu a partir desse raciocínio.³⁹⁷

3.4.1.2 Estados Unidos

Desde a sua concepção, o regime de exploração de recursos minerais nos Estados Unidos, ao menos no que tange à previsão de *royalties* pelo uso de bens públicos, foi deficiente. Naturalmente, esse desenho omissivo, como destacado acima, se deu pelo fato de que a legislação vigente (ou a sua ausência) não seguiu a lógica de um bem público *per se*, tal como no Brasil, havendo possibilidade de propriedade de recursos minerais pelo agente privado.

Como destacado, o *General Mining Act* de 1872 declarou que os minérios *hardrock* em terras federais eram passíveis de apropriação sem contraprestação, mas há também recursos minerais de propriedade estadual, cuja exploração se dá por lei estadual. A consequência lógica disso foi a existência de diferentes regimes de exploração, que afetam a previsão ou não de receitas: (1) exploração de recursos minerais federais por agente privado sem pagamento de *royalties* ao ente público federal; (2) exploração de recursos minerais privados por agente privado com pagamento de *royalties* privados; (3) exploração de recursos minerais estaduais por agente privado com pagamento de *royalties* públicos ao agente estadual.

³⁹⁷ Embora longa a citação, vale apresentar trecho da obra de Andressa Torquato Fernandes, ao tratar do binômio centralização *versus* descentralização: “A terceira justificativa para a razão de os recursos naturais deverem permanecer nos entes regionais ou locais baseia-se na necessidade de evitar que estes implantem mecanismos indesejáveis para a obtenção de receitas, conhecidos como *backdoor*. Aduz-se que se não houver um sistema formal de reembolso, vários tipos de taxas despropositadas serão criadas, o que gerará um problema para aqueles que desejam investir na região. Por fim, menciona-se também a importância de transferência desses recursos para as regiões produtoras, como uma forma de manutenção da unidade política, que depende de um modelo de repartição de receitas aceito como justo por todas as regiões, ainda quando não lhes seja absolutamente favorável. Quanto aos argumentos contra a fiscalização, o primeiro deles baseia-se em questões de equalização fiscal e justiça redistributiva. Tendo em vista que os recursos naturais são geograficamente concentrados, a alocação das receitas apenas nas regiões produtoras promoveria uma significativa diferença de renda *per capita* entre os entes federativos, o que se refletiria na qualidade dos serviços públicos prestados, situação indesejada, sobretudo em países como o Brasil, onde a diminuição das desigualdades regionais e sociais é um objetivo constitucionalmente fixado.” (FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 151).

No primeiro caso, *exploração de recursos minerais federais por agente privado sem pagamento de royalties ao ente público federal*, haverá apropriação privada do recurso mineral pelo agente explorador, se cumpridos os requisitos legais para tanto. Lembre-se que a legislação minerária poderá atribuir títulos de propriedade, os quais abrangem os recursos minerais no subsolo.

No segundo caso, *exploração de recursos minerais privados por agente privado com pagamento de royalties privados*, uma empresa de mineração é contratada por agente que detém título de propriedade de recursos minerais para explorar recursos minerais, sendo celebrado contrato privado, o qual poderá prever o pagamento dessa receita ao proprietário.

No terceiro caso, *exploração de recursos minerais estaduais por agente privado com pagamento de royalties públicos ao agente estadual*, os recursos minerais não são de titularidade federal, mas sim estadual (i.e., terras públicas estaduais, cujo uso é regulamentado por leis estaduais), podendo este impor a cobrança de *royalties* para explorar seus recursos minerais. Considerando o foco deste trabalho, não se esmiuçarão os *royalties* privados que, sujeitos às regras e princípios do direito privado, a apropriação dessa receita é exclusivamente privada, sem previsão de partilha ao Estado (*lato sensu*). Ou seja, não há distribuição federativa de *royalties* exclusivamente privados.

3.4.2 Rateio de receitas da exploração petrolífera

A distribuição de receitas petrolíferas em ambos os países, por sua vez, apresenta ainda maiores distinções, a depender de onde essa atividade é realizada, na superfície terrestre do território do respectivo país ou em alto-mar. No Brasil, a distribuição depende ainda do regime exploratório adotado, se concessão ou partilha de produção, e, nos Estados Unidos, se a exploração ocorre em território estadual ou federal, havendo regimes jurídicos distintos para ambos os casos.

3.4.2.1 Exploração *onshore*

3.4.2.1.1 Brasil

De forma idêntica à mineração, os *royalties* petrolíferos também se encontram justificados pelo artigo 20, parágrafo 1º, da Constituição Federal, sendo recursos de propriedade da União.

O primeiro regime de exploração *onshore* que será destrinchado é o de concessão, o qual foi amplamente utilizado até a descoberta do pré-sal e a introdução, no ordenamento jurídico, do regime de partilha de produção.

Lembra-se que antes da abertura do mercado de petróleo, a partir da aprovação da Emenda Constitucional n. 9/95, que introduziu o parágrafo 1º ao artigo 177³⁹⁸, toda a exploração era realizada pela Petrobras, empresa estatal titular da exploração e produção, pagando aos Estados e Territórios “5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás”, conforme o artigo 27 da Lei n. 2.004/53. Outras alterações nesse percentual foram introduzidas posteriormente.³⁹⁹

Após a abertura da exploração petrolífera, a partir da permissão constitucional⁴⁰⁰, foi aprovada a Lei n. 9.478/97, que instituiu modelo de contratação por meio de concessão, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Assim, a atividade passou a ser desenvolvida “por conta e risco do concessionário, o qual, em caso de sucesso, apenas adquire a propriedade dos recursos petrolíferos efetivamente produzidos a partir do ponto de medição”⁴⁰¹, conforme o artigo 23 da referida lei.⁴⁰²

³⁹⁸ Constituição Federal: “Art. 177 [...] § 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.”

³⁹⁹ Sobre o tema, vide: ALVES, Victor Rafael Fernandes. *Royalties petrolíferos: regulação e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 146 e ss.

⁴⁰⁰ A exploração de recursos petrolíferos foi inicialmente realizada sob regime de monopólio, o qual foi desinstituído, sendo autorizada a exploração por empresas privadas.

⁴⁰¹ BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. Pré-Sal: desafios e uma proposta de regulação. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 157.

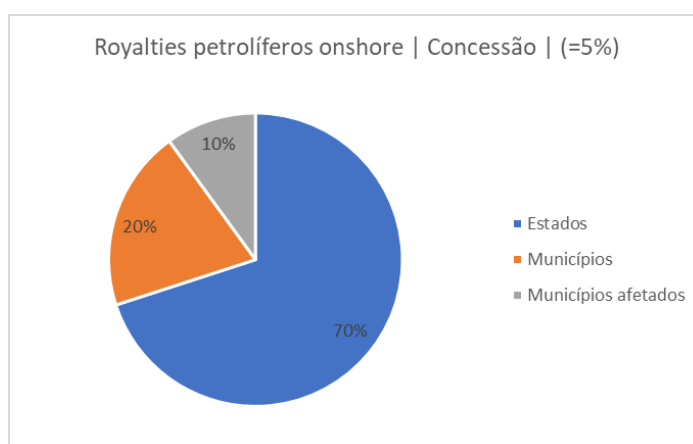
⁴⁰² Lei n. 9.478/97: “Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei.”

Nesse tipo de contrato, a empresa petrolífera adquire a propriedade do que foi produzido⁴⁰³, pagando ao Estado, dentre outros encargos financeiros, os *royalties* previstos no artigo 47 da Lei n. 9.478/97, correspondente a 10% da produção, cuja distribuição está segregada em duas parcelas. A primeira corresponde aos primeiros 5% da produção, prevista no artigo 48, e a segunda referente à parcela que exceder os referidos 5%, conforme o artigo 49.

Conforme se verá mais abaixo, o novo regime de distribuição se encontra suspenso por uma liminar proferida pelo STF.

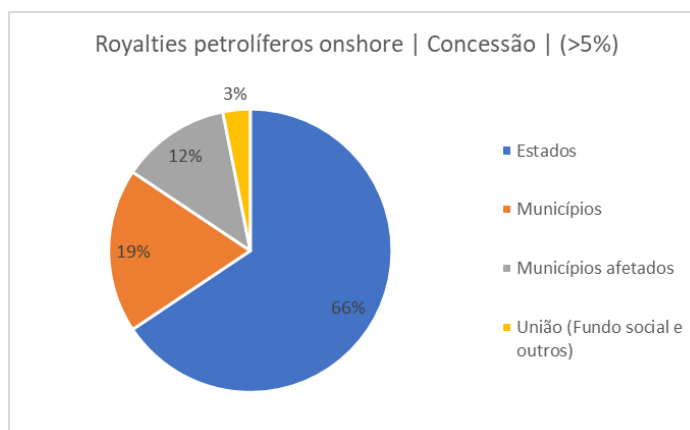
A distribuição dos *royalties* da primeira parcela, referente aos primeiros 5%, é feita da seguinte forma: (i) 70% aos Estados onde ocorre a exploração, (ii) 20% aos Municípios onde ocorre a exploração; (iii) 10% aos Municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque do produto. A distribuição da segunda parcela, por sua vez, é feita da seguinte forma: (i) 52,5% aos Estados onde ocorre a exploração; (ii) 15% aos Municípios onde ocorre a exploração; (iii) 7,5% aos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque; (iv) 25% para a União, destinadas ao Fundo Social, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos da Administração Direta da União:

Royalties petrolíferos onshore Concessão (=5%)	
Ente	Distribuição
Estados	70%
Municípios	20%
Municípios afetados	10%



⁴⁰³ Sobre o tema, vide: BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 285 e ss. A questão da apropriação do produto, considerado de propriedade da União, instaurou grande polêmica, tendo sido propostas ações íretas de inconstitucionalidade (ADI ns. 3.273 e 3.366), que julgaram constitucional a referida lei.

Royalties petrolíferos onshore Concessão (>5%)	
Ente	Distribuição
Estados	52,5%
Municípios	15%
Municípios afetados	10%
União (Fundo social e outros)	2,5%



Ao contrário do que ocorria com a distribuição de *royalties* minerários, a distribuição petrolífera ampliou o rol de beneficiados, incluindo os Municípios afetados e, na parcela que excedesse os primeiros 5% privilegiou-se uma distribuição mais ampla a todos os entes federados, a partir da inclusão da União, por meio do Fundo Social, como beneficiada. A política de uso de fundos será melhor delineada no próximo capítulo, mas, de qualquer forma, destaca-se que a distribuição de recursos destinados a esse fundo visa principalmente a um fundo de poupança, conforme a Lei n. 12.351/2010. Não se trata necessariamente “de um fundo federativo, mas de um fundo criado com finalidades intergeracionais”⁴⁰⁴, isto é, não se trata de mecanismo de distribuição de receitas entre entes federativos.

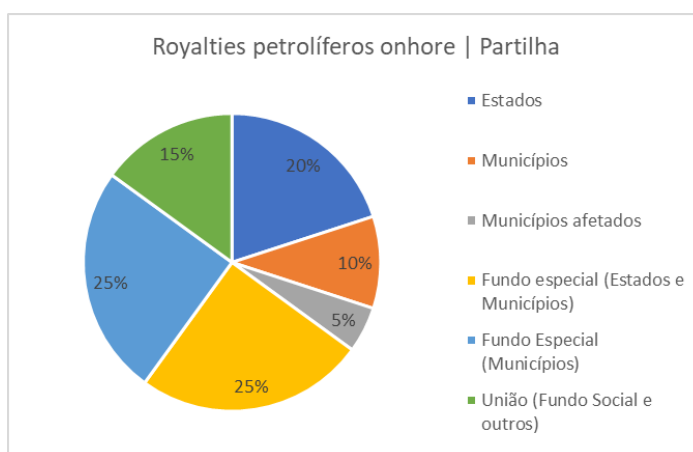
O segundo regime de exploração de petróleo se refere ao sistema de partilha de produção, introduzido em 2010, a partir da descoberta das reservas do pré-sal, no qual o agente privado, também por sua conta e risco, explora a atividade e “adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato”, nos termos do inciso I do artigo 2º da Lei n. 12.351/2010. No

⁴⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 332. Vide também: SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 140 e ss.

caso, a referida lei estabelece *royalties* como alíquota de 15% do valor da produção, vedada a inclusão desse valor no chamado “custo em óleo”.⁴⁰⁵

A distribuição dos *royalties*, quando a exploração for *onshore*, encontra-se prevista no artigo 42-B da referida lei, a partir de mudanças introduzidas pela Lei n. 12.734/2012, que dispõe que a divisão se dará nos seguintes termos: (i) 20% aos Estados onde ocorre a exploração; (ii) 10% aos Municípios onde ocorre a exploração; (iii) 5% aos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque; (iv) 25% para fundo especial a ser distribuído entre Estados e Municípios; (v) 25% para fundo especial a ser distribuído entre Municípios; e (vi) 15% para a União, a ser destinado ao Fundo Social e órgãos específicos da Administração Direta:

Royalties petrolíferos <i>onshore</i> Partilha	
Ente	Distribuição
Estados	20,0%
Municípios	10%
Municípios afetados	5%
Fundo especial (Estados e Municípios)	25,0%
Fundo Especial (Municípios)	25%
União (Fundo Social e outros)	15%



Cabe esmiuçar os itens “iv” e “v” acima, referentes aos fundos especiais, vez que a legislação apresentou critérios adicionais referentes à distribuição aos demais entes federativos, conforme o artigo 42-B, respectivamente:

⁴⁰⁵ Lei n. 12.351/2010: “Art. 2º [...] II - custo em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato;”

iv. 25% para a constituição de um Fundo Especial a ser distribuído entre os Estados e o Distrito Federal, *ajustado* de acordo com os seguintes critérios:

1. O rateio obedecerá às mesmas normas do Fundo de Participação dos Estados – FPE;
2. Os Estados produtores e os confrontantes não estarão incluídos no rateio desse Fundo Especial;
3. Os Estados produtores ou confrontantes poderão optar por receber os recursos na forma desse Fundo, caso renunciem a receber os recursos que lhes cabe na qualidade de confrontante ou produtor;
4. O saldo decorrente da exclusão dos Estados produtores e confrontantes será redistribuído aos demais, na mesma proporção do FPE.

v. 25% para constituição de um Fundo especial a ser distribuído pelos Municípios *ajustado* de acordo com os seguintes critérios:

1. O rateio obedecerá as mesmas normas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM;
2. Os Municípios produtores e os confrontantes não estarão incluídos no rateio desse Fundo Especial;
3. Os Municípios produtores ou confrontantes poderão optar por receber os recursos na forma desse Fundo, caso renunciem a receber os recursos que lhe cabe na qualidade de confrontante ou produtor;
4. O saldo decorrente da exclusão dos Estados produtores e confrontantes será redistribuído aos demais, na mesma proporção do FPM.

Os critérios adotados são os mesmos referentes aos fundos de distribuição⁴⁰⁶ vigentes no Brasil (FPE e FPM citados acima⁴⁰⁷), que visam a promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios (art. 161, II da CF), ampliando o rol de beneficiados pela exploração de recursos naturais do País, visto por alguns como “bastante adequado para a questão dos *royalties*, em face de que se trata de uma receita decorrente de patrimônio público com forte rigidez locacional”.⁴⁰⁸

Embora não seja objeto direto deste trabalho, mas sim assunto tangencial, cabe destacar que esse novo regime de distribuição federativa de receitas petrolíferas, apesar da

⁴⁰⁶ Acerca do FPE e FPM, José Maurício Conti destaca que eles atuam “apenas e tão somente como uma etapa intermediária – e necessária – entre as regras de recebimento dos recursos e as regras de distribuição dos mesmos recursos” (CONTI, José Maurício, *Federalismo fiscal e fundos de participação*, cit., p. 79).

⁴⁰⁷ Sobre o tema, vide: ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFD FE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 13-34, set. 2012/fev. 2013; ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Novos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal: inconstitucionalidade persistente? *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFD FE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 109-115, mar./ago. 2014; BARROSO, Rafael Mendes Cunha. Federalismo fiscal no Brasil: o impacto das transferências orçamentárias na desconcentração de receitas entre as esferas de governo. *Revista Controle: doutrinas e artigos*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 79-104, jan. 2013. Disponível em: <<http://revistacontrole.ipc.tce.ce.gov.br/index.php/RCD A/article/view/258/260>>. Acesso em: 08 abr. 2018; SOARES, Márcia Miranda. Federalismo e desigualdades sociais no Brasil atual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, v. 5, n. 19, p. 143-175, jul./set. 2011; BEVILACQUA, Lucas. Fundos constitucionais de financiamento sob a perspectiva de uma nova política de desenvolvimento regional para o Brasil Central. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFD FE*, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 99-117, set./fev. 2015/2016; e TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 291 e ss.

⁴⁰⁸ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 316.

sua aprovação pelo Poder Legislativo, sofreu grande pressão dos Estados intitulados *produtores* para que fosse mantido o regime anterior, já que estavam na iminência de perderem receita. Esse ataque foi capitaneado pelo Estado do Rio de Janeiro, autor da ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 4.917/DF) que questiona as novas regras de distribuição, tendo vários entes federados se habilitado como *amicus curiae*. Nessa ação, contestou o novo regime, pedindo liminar para suspendê-lo “em razão de causar dano de difícil reparação ou mesmo dano irreparável ao erário dos Municípios e Estados produtores de petróleo e gás natural, já que afetaria de imediato a execução orçamentária dos mesmos”.⁴⁰⁹

No caso, defendem esses Estados e Municípios que a sua parcela de *royalties* seria contrapartida ao regime de ICMS instituído sobre o petróleo, com recolhimento no destino (tal como ocorre com energia elétrica), valores que compensariam os impactos ambientais dessa atividade nos respectivos Municípios, e que a alteração do regime em contratos já vigentes seria ofensa ao *pacta sunt servanda*.

Não obstante a aprovação de lei para instituir novo regime federativo de distribuição de *royalties*, a ministra Cármen Lúcia deferiu medida liminar para suspender os efeitos da lei, afirmando em sua decisão que:

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 delineiam a forma de Estado adotada constitucionalmente.

A própria ministra entendeu que esses valores teriam natureza compensatória, a partir de danos e impactos ambientais e socioeconômicos sofridos, e não pela exploração de patrimônio público, ao destacar que:

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

⁴⁰⁹ BERNARDES, Flávio Couto; HEIDENREICH, Freitrich. A suspensão dos efeitos do novo marco regulatório dos *royalties* do petróleo: ofensa ao federalismo fiscal brasileiro? *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte*: RPGMBH. v. 6, n. 12, p. 25-26, jul./dez. 2014. Para uma análise detalhada dos argumentos enfrentados, vide: SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 288 e ss.

geoeconomia, decorrentes daquela exploração. Daí a garantia constitucional de que participam no resultado ou compensam-se pela exploração de petróleo ou gás natural.

Entende-se que além de não haver qualquer razão “para compreender que o novo marco regulatório importe ofensa a qualquer direito adquirido ou ao princípio da segurança jurídica”⁴¹⁰, o fato mais grave nesse caso concerne à suspensão de lei válida, eficaz e legítima, por meio de decisão interlocutória, a qual sequer foi apresentada ao plenário para análise.

3.4.2.1.2 Estados Unidos

Os recursos petrolíferos foram destacados do regime geral de mineração, de forma que a exploração desse bem ocorresse por meio de arrendamento, com a previsão do pagamento de *royalties*, ao contrário do que ocorria no caso dos recursos minerais *stricto sensu*. Atualmente, impõe a legislação uma cobrança geral de *royalties* no montante de 12,5%, embora exista, em alguns casos, a imposição de alíquotas maiores.

A divisão dessas receitas observa também a evolução da regulação de terras públicas, notadamente a existência de terras federais em território estadual e a manutenção do controle na esfera federal. Tendo como pano de fundo uma disputa travada entre Estados novos e antigos que estavam sendo criados no território oeste americano, houve uma permuta, na qual os Estados novos permitiram à esfera federal o controle de boa parte de seu território, em troca de uma maior participação na alocação de receitas, o que ocorreu tanto na forma de transferência direta, quanto indireta, a partir de fundos equalizadores direcionados à Região Oeste. Ou seja, efetivamente haveria uma compensação entre controle territorial e receita.⁴¹¹

Quando da sua aprovação, o *Mineral Leasing Act* de 1920 determinou que 37,5% da receita oriunda da exploração de recursos petrolíferos sob sua tutela seria alocada aos Estados de origem onde ocorresse a exploração, tendo sido exigido, pelos Estados cujo território estava majoritariamente sob controle federal, 90% das receitas. Uma parcela

⁴¹⁰ BERNARDES, Flávio Couto; HEIDENREICH, Freitrich, A suspensão dos efeitos do novo marco regulatório dos *royalties* do petróleo: ofensa ao federalismo fiscal brasileiro?, cit., p. 28.

⁴¹¹ MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 322 e ss.

significante da receita, de 52,5%, seria alocada ao *Reclamation Fund*⁴¹², administrado pelo *Bureau of Reclamation*, cuja instituição se deu para financiar projetos hídricos e elétricos em dezessete Estados da Região Oeste americana.

Em 1976, os Estados Unidos passaram por nova fase de aumento de controle federal sobre terras públicas, havendo novamente compensação na distribuição de receitas, tendo sido aumentada a participação estadual de 37,5% para 50% do total arrecadado. Esse aumento não se deu por motivos de “equalização de capacidade fiscal, mas sim como compensação pelo aumento contínuo de autoridade federal, bem como a mitigação dos custos ambientais e sociais da extração de recursos”.⁴¹³

Atualmente, a divisão de *royalties* na exploração *onshore* determina que 50% da receita serão alocados aos Estados de origem, deduzidas despesas administrativas de aproximadamente 2%; 40% ao *Reclamation Fund* e 10% ao Tesouro Nacional⁴¹⁴, sem finalidade especificamente determinada. A única exceção ocorre no estado do Alasca, Estado no qual são alocados 90% das receitas da exploração que ocorre em seu território.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde há diretrizes federais para a distribuição de *royalties* federais, o acesso à informação acerca da distribuição de *royalties* federais pelos Estados no seu território é mais restrito e difícil. Não obstante, foi possível localizar essas informações para dois Estados, Colorado e Utah.

⁴¹² O fundo foi criado pelo *Reclamation Act of 1902*, dispondo que: “*Todos os recursos recebidos da venda e disposição de terras públicas no... [Oeste dos Estados Unidos]... serão, e os mesmos, neste ato, são reservados e alocados a fundo especial do Tesouro a ser denominado de ‘fundo de recuperação’, a ser utilizado no exame e vistoria para e na construção e manutenção de obras de irrigação para a estocagem, desvio e desenvolvimento de recursos hídricos par a recuperação de terras áridas e semiáridas nos referidos Estados e Territórios e para o pagamento de quaisquer valores previstos nesta Lei*”. No original: “*All moneys received from the sale and disposal of public lands in [the western United States.] shall be, and the same are hereby, reserved set aside, and appropriated as a special fund in the Treasury to be known as the ‘reclamation fund’, to be used in the examination and survey for and the construction and maintenance of irrigation works for the storage, diversion, and development of waters for the reclamation of arid and semiarid lands in the said States and Territories, and for the payment of all other expenditures provided for in this Act.*” (Disponível em: <https://www.everycrsreport.com/files/20130418_R41844_7649c948e45cea465520f55fd7fc5a8e6679dd1b.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2018).

⁴¹³ No original: “*fiscal capacity equalization, but were compensation for the continuation of federal authority, as well as in mitigation of environmental and social costs of resource extraction*” (MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 323-324 – nossa tradução).

⁴¹⁴ Disponível em: <https://www.everycrsreport.com/files/20150119_R43891_937af0ff22083dfce0d6597a0f41b1109cf4cfbe.html#ifn13>. Acesso em: 01 mar. 2018.

Em Utah, os *royalties* federais são distribuídos internamente para diversos órgãos da administração estadual e são direcionados principalmente para o financiamento de malha rodoviária e sua manutenção em comunidades impactadas pelo desenvolvimento de projetos de energia, conforme a seguinte tabela:⁴¹⁵

Recipient	Share
Department of Transportation	40.0%
Permanent Community Impact Fund	32.5%
Department of Community and Culture	5.0%
State Board of Education	2.25%
Utah Geological Survey	2.25%
Water Research Laboratory	2.25%
Payments in Lieu of Taxes	52¢ per acre
Permanent Community Impact Fund	Remainder

Note: The amount paid for Payments in Lieu of Taxes has been adjusted annually since 1994 according to the Consumer Price Index.
Source: Utah State Code, Title 59, Chapter 21.

No Colorado⁴¹⁶, antes de 2008, *royalties* estaduais eram distribuídos para condados e municipalidades de forma *per capita*, de acordo com residentes empregados pelo setor extrativo mineral, tendo sido instituídas mudanças usando fatores como autorizações de mineração e poços, produção mineral, população e malha rodoviária. No caso, 50% das receitas alocadas ao Estado são direcionadas a um fundo denominado *Local Government Severance Tax Fund*, sendo que 70% desses recursos são alocados para governos locais por meio de *grants* e empréstimos, e os 30% restantes são distribuídos diretamente a municípios e condados impactados socioeconomicamente pela produção mineral.

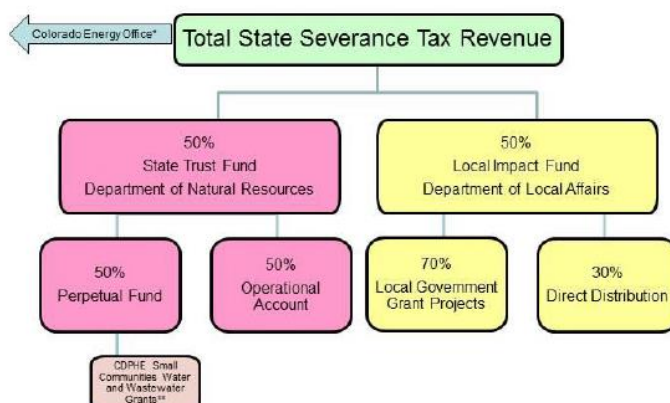
Para facilitar a visualização, os diagramas seguintes⁴¹⁷ representam a divisão dos *royalties* federais e estaduais (denominados de *severance tax*) no Estado do Colorado:

⁴¹⁵ Bureau of Economic and Business Research. *The structure and economic impact of Utah's oil and gas exploration and production industry*. July 2009. Disponível em: <http://publiclands.utah.gov/wp-content/uploads/2013/08/Oil-Gas-Economic-Impact_July.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

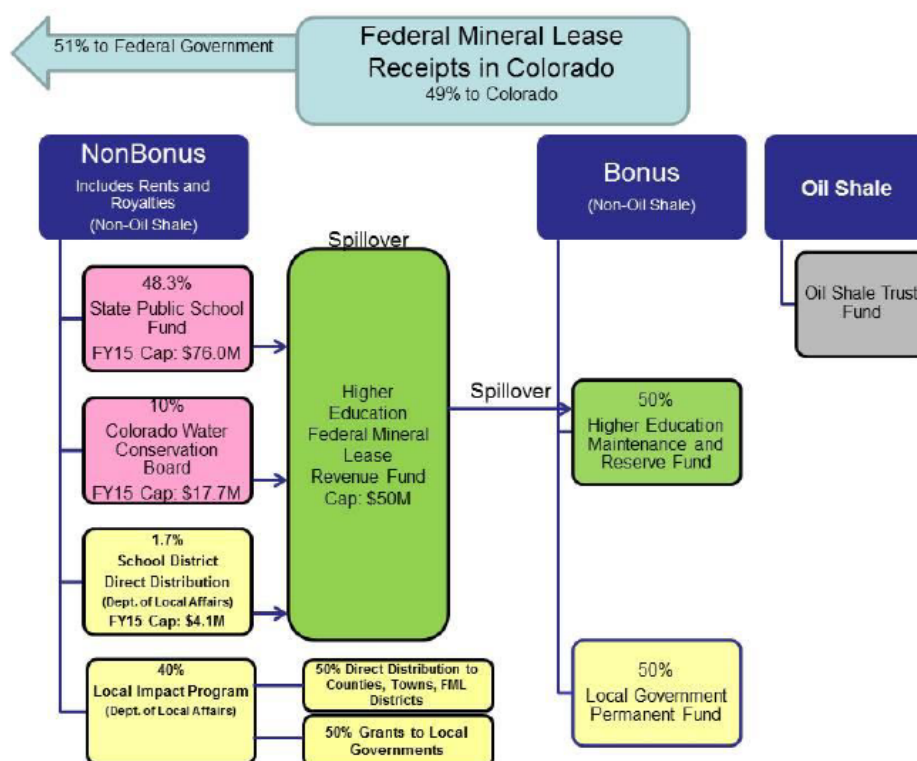
⁴¹⁶ State of Colorado Department of Local Affairs. *Federal mineral lease and state severance tax direct distributions: program guidelines*. July 2014. Disponível em: <<http://www2.cde.state.co.us/artemis/locserials/loc625internet/loc6252014internet.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁴¹⁷ State of Colorado Department of Local Affairs, *Federal mineral lease and state severance tax direct distributions: program guidelines*, cit.

Severance tax estadual



Distribuição de royalties federais



A distribuição entre condados, por sua vez, observa três fatores: (i) porcentagem de residentes empregados na indústria extrativa; (ii) proporção de autorizações para minas e poços emitidos no condado, em relação ao total do Estado; (iii) proporção da produção mineral dentro do condado, em relação ao total estadual. Já os *royalties* federais são distribuídos para condados, municípios e distritos escolares impactados pela produção mineral em terras federais, seguindo dois fatores: (i) proporção de residentes empregados pela indústria de extração mineral; e (ii) proporção de recursos atribuídos ao fundo no condado, em relação ao total instituído pelo Estado.

A partir do momento em que foi determinado o montante que será alocado aos condados, a distribuição segue três fatores: (i) porcentagem de residentes empregados na indústria extrativa; (ii) proporção da população de áreas não incorporadas ou municipalidades em relação ao total da população do condado; e (iii) proporção de milhas de malhas rodoviárias em áreas não incorporadas ou municipalidades em relação ao total de malha rodoviária no condado. Destaca-se que o Estado determinou que 1,7% das receitas de *royalties* federais sejam alocadas a distritos escolares.

3.4.2.2 Exploração *offshore*

3.4.2.2.1 Brasil

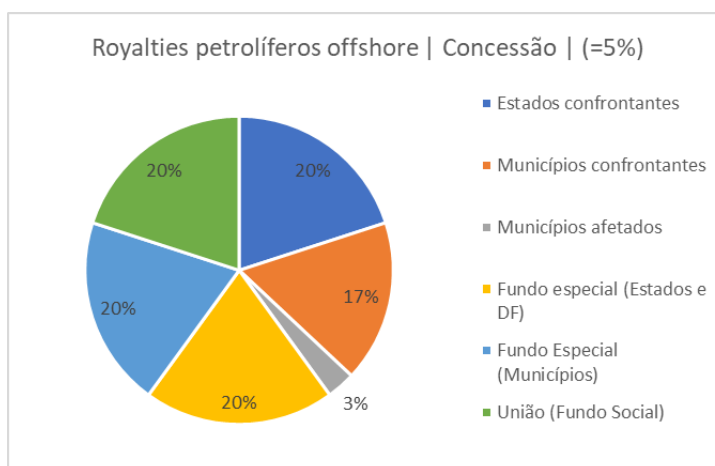
Retomando a distinção feita em relação à produção *onshore*, a divisão de *royalties* petrolíferos no Brasil possui dois regimes jurídicos distintos, a depender da forma como essa exploração for contratada, se feita mediante contrato de concessão ou mediante o sistema de partilha de produção, instituído a partir da descoberta da reserva da camada do pré-sal, sendo que a participação dos entes federativos é garantida constitucionalmente, embora os bens sejam de titularidade da União.

Quando a exploração ocorre *offshore*, o regime inicialmente adotado pelo País, de concessão, efetuava uma ampla distribuição das receitas. Assim, foram incluídos no rol de beneficiados os Municípios confrontantes com a exploração, onde se encontram instalações referentes à atividade, e um sistema de fundos, de forma que a distribuição das receitas petrolíferas fosse amplificada e não restrita apenas aos locais onde a exploração ocorria.

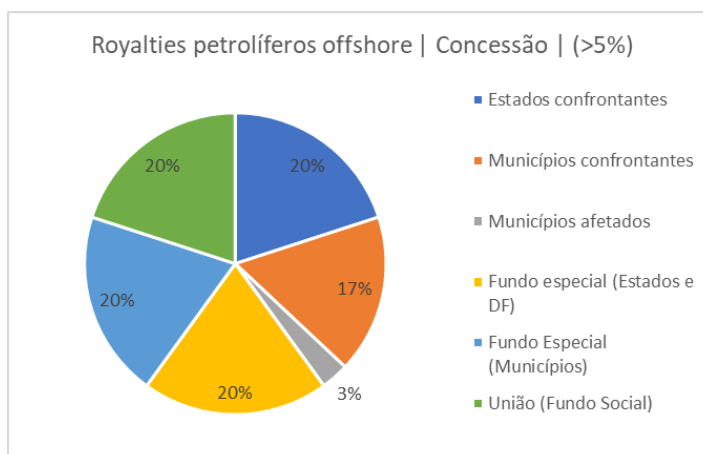
Destaca-se novamente que os *royalties* previstos no regime de concessão possuem duas parcelas distintas, a primeira que trata de 5% da produção, correspondente ao montante mínimo de *royalties* que deverão ser instituídos, e a parcela de *royalties* que exceder os 5%, conforme os artigos 48 e 49 da Lei n. 9.478/97, que instituem distribuições distintas.

No que tange à primeira parcela, determina o artigo 48 que quando a exploração ocorrer na plataforma continental (*offshore*), a distribuição observará: (i) 20% aos Estados confrontantes; (ii) 17% para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas; (iii) 3% para os Municípios afetados; (iv) 20% para a constituição de fundo especial a ser distribuído entre Estados e Distrito Federal; (v) 20% para a constituição de fundo especial a ser distribuído entre Municípios; e (vi) 20% para a União, a ser destinado ao Fundo Social. A distribuição da segunda parcela, por sua vez, observará os seguintes critérios: (i) 20% para Estados confrontantes; (ii) 17% para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas; (iii) 3% para os Municípios afetados pelas instalações da indústria; (iv) 20% para fundo especial a ser distribuído aos Estados e Distrito Federal; (v) 20% para fundo especial a ser distribuído aos Municípios; e (vi) 20% à União, a ser destinado ao Fundo Especial:

Royalties petrolíferos offshore Concessão (=5%)	
Ente	Distribuição
Estados confrontantes	20,0%
Municípios confrontantes	17%
Municípios afetados	3%
Fundo especial (Estados e DF)	20,0%
Fundo Especial (Municípios)	20%
União (Fundo Social)	20%



Royalties petrolíferos offshore Concessão (>5%)	
Ente	Distribuição
Estados confrontantes	20,0%
Municípios confrontantes	17%
Municípios afetados	3%
Fundo especial (Estados e DF)	20,0%
Fundo Especial (Municípios)	20%
União (Fundo Social)	20%



Tal como feito na exploração *onshore*, cabe também esmiuçar os itens de distribuição que observam os critérios de fundos especiais, “iv”, “v” e “vi”, haja vista que a legislação também apresenta questões adicionais a respeito. No caso, dispõe a Lei n. 9.487/97, em seus artigos 48, II e 49, II:

Art. 48 [...]

d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 50 desta Lei;
2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição;
3. o percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
4. o Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 50 desta Lei;
5. os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista

no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

4. o Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei;

5. os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

Art. 49 [...]

d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios;

1. os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 48 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 50 desta Lei;

2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;

4. o Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item 1;

5. os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 48 desta Lei e no inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei;

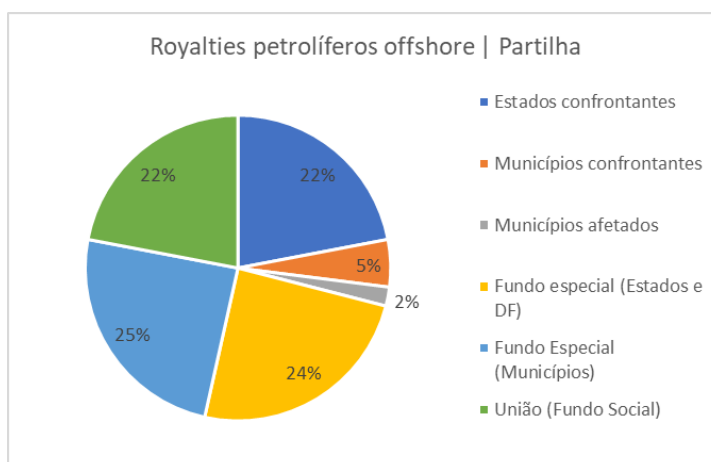
2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do FPM, de que trata o art. 159 da Constituição;

3. o percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

4. o Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item 1;
5. os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;

No segundo regime de exploração de petróleo, que ocorre sob a partilha de produção, a distribuição também segue critérios semelhantes que se encontram regulamentados pelo artigo 42-B da Lei n. 12.351/2010, sendo elencados os seguintes entes beneficiários: (i) 22% para os Estados confrontantes; (ii) 5% para os Municípios confrontantes; (iii) 2% para os Municípios afetados; (iv) 24,5% para fundo especial para Estados e Distrito Federal; (v) 24,5% para fundo especial a ser distribuído entre Municípios; e (vi) 22% para a União, a ser destinado ao Fundo Social:

Royalties petrolíferos offshore Partilha	
Ente	Distribuição
Estados confrontantes	22,0%
Municípios confrontantes	5%
Municípios afetados	2%
Fundo especial (Estados e DF)	24,5%
Fundo Especial (Municípios)	25%
União (Fundo Social)	22%



No caso do regime de partilha, houve uma diminuição da parcela devida aos Municípios confrontantes e um aumento das participações dos fundos especiais na distribuição dessas receitas, o que implicaria, a rigor, uma distribuição mais ampla aos demais entes federados, e não apenas àqueles que teriam alguma conexão com atividade de exploração petrolífera.

Constata-se que tanto na concessão quanto na partilha de produção foi utilizado o instrumento de fundos especiais para ampliar a distribuição de receitas petrolíferas. Como tratado acima na produção *onshore*, os critérios adotados para a distribuição são justamente os de fundos de equalização (FPE e FPM) que visam a promover equilíbrio entre entes federativos. Não obstante, e como destacado na exploração *onshore*, houve uma suspensão da referida lei, a partir de decisão liminar do STF.

3.4.2.2.2 Estados Unidos

A exploração petrolífera em terras federais ocorre na chamada *outer continental shelf*, que se estende por 200 milhas náuticas, sendo que o território estadual geralmente se estende pelas primeiras 3 milhas náuticas e, em alguns casos, até 9 milhas náuticas; a distribuição de receitas oriundas dessa exploração é regulada principalmente pelo *Outer Continental Shelf Lands Act* (OCSLA) e o *Gulf of Mexico Energy Security Act* (GOMESA). No caso, nem todas as regiões costeiras são tratadas de forma uníssona, havendo a divisão dessa “área” em quatro regiões: Atlântica, Golfo, Pacífico e Alasca, que podem ter alíquotas distintas, eliminação temporária de *royalties* e regimes de distribuição de receita distintos.

Ao contrário do que ocorre na distribuição *onshore*, a distribuição de recursos decorrentes da exploração *offshore* é relativamente pequena⁴¹⁸. Primeiro, os Estados só receberão pagamentos diretos a partir da exploração, leia-se arrendamento, de algumas terras específicas onde houver reservas petrolíferas, que se espalham por terras estaduais e federais⁴¹⁹. Neste caso específico, determina o OCSLA que esses Estados terão direito a 27% da receita oriunda da exploração. O restante é partilhado entre contas vinculadas do

⁴¹⁸ MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 324.

⁴¹⁹ Conforme a legislação: “(5)(A) When there is a boundary dispute between the United States and a State which is subject to an agreement under section 7 of this Act, the Secretary shall credit to the account established pursuant to such agreement all bonuses, rents, and royalties, and other revenues (derived from any bidding system authorized under subsection (a)(1)), excluding Federal income and windfall profits taxes, and derived from any lease issued after September 18, 1978 of any Federal tract which lies wholly or partially within three nautical miles of the seaward boundary asserted by the State, if that money has not otherwise been deposited in such account. Proceeds of an escrow account established pursuant to an agreement under section 7 shall be distributed as follows: (i) Twenty-seven percent of all bonuses, rents, and royalties, and other revenues (derived from any bidding system authorized under subsection (a)(1)), excluding Federal income and windfall profits taxes, and derived from any lease issued after September 18, 1978, of any tract which lies wholly within three nautical miles of the seaward boundary asserted by the Federal Government in the boundary dispute, together with all accrued interest thereon, shall be paid to the State either.”

Tesouro americano: um fundo para ampliação e conservação de áreas federais de recreação (*Land and Water Conservation Fund*) e um fundo para preservação do patrimônio histórico (*Historic Preservation Fund*).

Não obstante, a legislação subsequente, principalmente o *Gulf of Mexico Energy Security Act*, que tratou especificamente da exploração no Golfo do México, aumentou significativamente a participação nas receitas dos quatro Estados que compõem essa região, Alabama, Louisiana, Mississippi e Texas. No caso, o GOMESA determinou que para o período de 2007-2016, 30% das receitas oriundas de arrendamento federal fossem alocados aos quatro Estados afetados, a depender do local em que ocorrer a exploração. No mais, 12,5% seriam alocados ao *Land and Water Conservation Fund*⁴²⁰; 7,5% às subdivisões políticas dos Estados produtores do Golfo e 50% para a União. No caso, essas subdivisões políticas são entes federativos locais dentro do Estado, na zona costeira. Maiores detalhamentos sobre a *Phase I* de distribuição de *royalties* sob a égide da GOMESA poderão ser acessados nas regulações finais proferidas pelo Departamento do Interior⁴²¹. Destaca-se que na exploração que ocorrer fora dessas regiões limítrofes, as receitas serão distribuídas exclusivamente à União.

Na segunda fase⁴²² (*Phase II*), conforme informações disponibilizadas pelo *Bureau of Ocean Energy Management*, houve um aumento na definição de quais receitas seriam distribuídas, além de ter sido estabelecido um teto de receitas a serem distribuídas anualmente aos Estados, no valor de 500 milhões de dólares. Embora este teto não se aplique a todas as áreas de exploração, o referido órgão afirma que isso se aplicará na maioria das receitas partilhadas.⁴²³⁻⁴²⁴

Uma visão geral da distribuição de receitas oriundas da produção de energia foi disponibilizada pelo Bipartisan Policy Center:⁴²⁵

⁴²⁰ O *Land and Water Conservation Fund* foi estabelecido em 1964 para financiar a conservação de recursos hídricos e parques naturais.

⁴²¹ Disponível em: <https://www.boem.gov/uploadedFiles/BOEM/Oil_and_Gas_Energy_Program/Energy_Economics/Revenue_Sharing/AD46_FR78622.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2018.

⁴²² Disponível em: <<https://www.boem.gov/80-FR-81454/>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

⁴²³ Disponível em: <<https://www.boem.gov/80-FR-81454/>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

⁴²⁴ Para uma visão geral sobre a divisão de receitas vide: Disponível em: <<https://www.boem.gov/Revenue-Sharing/>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

⁴²⁵ Disponível em: <<https://bipartisanpolicy.org/blog/revenue-sharing-101/>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

		Share of Revenue			
		Federal ²⁷	State	County	Total
Current Law	Oil and Gas, Onshore	50%	50%	—	100%
	Coal	50%	50%	—	100%
	Geothermal	25%	50%	25%	100%
	Wind and Solar, Onshore	100%	—	—	100%
	Oil and Gas, Offshore ²⁸	62.5% to 73%	27% to 37.5%	Varies	100%
	Wind, Offshore	73%	27%	—	100%
S. 279 (Proposed)	Solar and Wind	50%	25%	25%	100%
FAIR Act (Proposed)	All Types, Onshore	50%	50%	—	100%
	All Types, Offshore	62.5%	37.5%	—	100%

Nessa tabela, os recursos destinados aos fundos não são computados de forma individual e pormenorizada, constando que esses valores foram alocados à esfera federal.

Destaca-se que o secretário do Interior dos Estados Unidos tem ampla discricção para ajustar (aumentando ou diminuindo) a alíquota de *royalties*, havendo casos de total dispensa da cobrança de *royalties* federais, de forma a incentivar o desenvolvimento da atividade em determinada região, conforme o *Royalty Relief Act* de 1995.

3.5 Análise comparativa do federalismo ambiental, fiscal e patrimonial

Antes de tratar especificamente das questões de distribuição das receitas de *royalties* oriundas da exploração mineral e petrolífera, o federalismo patrimonial, cabe tecer comentários pontuais sobre o federalismo, o federalismo ambiental e o federalismo fiscal em ambos os países, de forma a destacar como esses fatores afetaram aquela distribuição.

Ambos os países adotam a forma de organização federal (federalismo) da distribuição de competências entre entes federados, no que tange a arrecadação e gastos, tendo cada um competências e poderes próprios. Em que pese a identidade da forma de

organização, há diferenças significativas, decorrentes da formação histórica de cada Estado.

No caso dos Estados Unidos, o movimento de união das treze colônias originais, todas com amplos poderes, autonomia e soberania, resultou em uma esfera federal inócua e fragilizada nos *Articles of Confederation*, e com menos poderes a partir da aprovação da Constituição. No Brasil, por sua vez, o movimento centrífugo se deu a partir de uma forte esfera central, a Coroa, que optou pela distribuição de seus poderes para outros entes. Ou seja, no caso americano, a adoção do federalismo se deu a partir da formação histórica e da necessidade de divisão de poderes para garantir a união entre Estados distintos; no caso brasileiro, houve uma adoção legislativa opcional, como se essa escolha fosse uma faculdade a ser exercida. Em ambos os casos, não obstante, observa-se, atualmente, uma tendência centralizadora, sendo necessário um amplo poder de coordenação para lidar com os problemas amplos da atualidade, que abrangem o país como um todo.

A diferença, assim, é estrutural, com mais poderes estaduais nos Estados Unidos e menos no Brasil, e a semelhança é conjuntural, a partir do situação atual. Não obstante, cumpre destacar que o federalismo é em si um processo histórico, sofrendo alterações com o passar do tempo, sendo relevante a descentralização do poder e de receitas para exercer as competências alocadas.

A formação histórica da distribuição de poderes entre entes federativos também afeta a estruturação do federalismo ambiental em ambos os países, notadamente como se relaciona cada ente federativo com seus recursos naturais, a exploração e as competências para autorizar essa atividade. Esse talvez seja o ponto mais sensível da relação entre o Estado e os recursos naturais ora sob análise, a partir da ótica de interesses nacionais e impactos locais.

Como já destacado, as atividades minerárias e petrolíferas são deveras relevantes para ambos os Estados, abarcando questões de soberania, segurança energética, abastecimento interno, papel na economia internacional e receitas financeiras adicionais, dentre outros fatores. Não obstante, a maioria desses aspectos é de interesse nacional e não necessariamente das entidades subnacionais onde ocorre a exploração. Ou seja, um Estado

(nação) tem interesse em desenvolver essas atividades pela sua relevância ao país como um todo.

Ao mesmo tempo que a utilidade da atividade seja nítida, seus impactos nos locais onde atua não devem ser ignorados, pois pode causar alterações significativas nos territórios subnacionais, afetando sensivelmente as relações socioeconômicas deles, notadamente a partir das alterações ambientais e fluxos migratórios que implicam a necessidade de maiores prestações sociais estatais. As comunidades afetadas, em ambos os países, passaram a reagir de forma a introduzir nas discussões os seus interesses, em face das imposições nacionais. Naturalmente, nos Estados Unidos, onde os Estados possuem maiores poderes, posicionamentos mais rígidos no sentido de bloquear atividades vistas como muito danosas é possível, enquanto no Brasil a resistência total não é possível, sendo permitido, porém, exigir prestações sociais das empresas exploradoras.

No que concerne ao federalismo fiscal e à distribuição de receitas, de forma geral os países apresentam características muito distintas, pois enquanto o Brasil possui regras normativas claras em sua Constituição para repartir o produto da arrecadação, os Estados Unidos não possuem uma divisão geral de receitas, havendo independência entre as esferas para financiar suas atividades, a partir de suas competências tributárias.

Em ambos os casos, porém, há certo desequilíbrio de competências a partir dos gastos, nem sempre havendo capacidade financeira suficiente para arcar com as possíveis responsabilidades. Nesse cenário, a dependência dos entes subnacionais do ente nacional, em decorrência da capacidade financeira desse, é nítida, o que pode afetar o federalismo, vez que a capacidade financeira é pressuposto basilar da autonomia dos entes federativos.

Especificamente no caso de *royalties* públicos oriundos da exploração de recursos minerais e petrolíferos, essa questão se torna mais complexa, abarcando a repartição de receitas entre o proprietário do recurso mineral, o local onde ocorre a exploração e os demais entes federativos, podendo haver distintos desenhos de repartição, ora concentrando receitas em alguns entes específicos, ora repartindo entre o maior número possível de entes federativos.

Como visto em capítulo anterior, a justificativa dos *royalties* é (ou deveria ser) o uso de um bem público exaurível. Não obstante, os critérios de distribuição das receitas adotados em ambos os países sinaliza que os impactos da exploração são considerados com destaque.

No Brasil, essa concentração é nítida, pois 65% das receitas da mineração são destinadas aos Municípios onde ocorre a exploração e 23% ao respectivo Estado, enquanto o restante a órgãos da Administração Direta da União. Isto é, 88% de toda a receita arrecadada é concentrada em dois entes federativos e, apesar de os bens serem da União, os demais entes da federação não são beneficiados de qualquer forma.

As alterações introduzidas na legislação de distribuição de renda não fugiram desse critério, incluindo no rol de distribuição, além dos entes onde ocorre a exploração, os que forem afetados pela atividade. De certa forma, apesar de ter aumentado o rol de beneficiados, ainda há uma limitação na distribuição dessas receitas minerárias, havendo concentração de 90% nos entes mineradores.

A exploração petrolífera *onshore* brasileira manteve esse mesmo raciocínio na divisão. Na exploração conduzida sob o regime de concessão, observa-se, nas duas parcelas dos *royalties* (a mínima e a que a extrapolar), um privilegiamento dos locais onde ocorre a exploração e dos Municípios afetados pela atividade, ou seja, há concentração de renda em entes ligados à exploração minerária. Na parcela mínima, a totalidade da renda é concentrada nos Estados, Municípios e Municípios afetados; na parcela excedente, 25% da renda são destinados à União, cuja distribuição é feita por meio do Fundo Social, para fins de poupança. No regime de partilha de produção, introduzido em 2012, a divisão é mais pulverizada, sendo que 50% da receita foram destinados a fundos especiais para a divisão entre todos os entes federativos, seguindo critérios de fundos de equalização; nesse caso, os Estados e Municípios receberam apenas 20% e 10%, respectivamente.

Na exploração *offshore* brasileira sob o regime da concessão, tal como no regime de partilha *onshore*, foi ampliado o rol de beneficiados, usando o mecanismo de fundos especiais para a distribuição para Estados e Municípios, o fundo social para formar uma poupança no âmbito da União, e a inclusão de entes afetados ou confrontantes com a atividade ocorrida na plataforma continental. No regime de partilha, embora com

porcentagens diferentes, a distribuição é semelhante, com a incorporação de entes confrontantes e afetados, e principalmente o uso de fundos especiais e o social, para ampliar a distribuição da receita.

Nos Estados Unidos, a legislação trilhou caminho um pouco diferente. Concentra-se parcela significativa da receita da atividade petrolífera *onshore* no Estado onde ocorre a exploração (37,5%) e mais de metade (52,5%) é destinada para um fundo que financia projetos hídricos na Região Oeste do país. Considerando que a maioria dos recursos naturais federais se encontra na Região Oeste, há de certa forma uma dupla concentração de *royalties*, seja pela distribuição direta, seja pelo uso dos recursos do fundo que se concentrará nessa região. O restante dos *royalties* (10%) dessa modalidade de exploração é direcionado ao Tesouro Nacional da União para uso amplo e irrestrito.

Na exploração *offshore* americana, o regime inicialmente adotado pela OCSLA limitou severamente os recursos que seriam destinados aos Estados, lhes sendo devidos somente 27% da receita, em casos de exploração de reserva em áreas específicas. Não obstante, legislação posterior, tratando de região específica, alterou o regime, alocando 30% das receitas aos quatro Estados afetados pela exploração, 12,5% ao *Land and Water Conservation Fund* e 50% à União.

Apesar das eventuais deficiências que poderão ser encontradas na legislação brasileira, entende-se que a adoção de regimes claros e relativamente amplos de distribuição das receitas de *royalties* é mais adequada que a americana, a depender da atividade e local de exploração sob análise. No caso do petróleo, cujos *royalties* são significativamente mais vultosos que os da mineração, houve ao menos uma tentativa de uso da receita para fins de equalização, pela qual Estados mais necessitados receberiam uma parcela maior, além daqueles afetados pela atividade, o que ocorre tanto no regime de concessão, quanto no de partilha, o qual, infelizmente, está suspenso por liminar do STF.

Essa não concentração excessiva de receita no Estado onde ocorre a exploração é condizente com o distanciamento de critérios de sorte na distribuição, ou seja, determinado ente teve a sorte de ter recursos minerais e petrolíferos no seu território, e apenas por isso deverá receber a maior parte dos recursos. Entende-se que a ampliação do rol de beneficiados é positiva, principalmente pelos fundos de equalização e o Fundo Social para

fins de poupança. Nesse ponto, caberia aos Estados Unidos implantar maiores mecanismos de controle de suas receitas petrolíferas, as quais, tem-se a impressão, não são adequadamente reconhecidas em sua importância.

É nítido também que ambos os países, ao desenharem seu regime de distribuição, levaram em consideração os impactos dessa atividade, pois em todos os casos há alguma parcela de receitas destinadas aos entes onde ocorre a exploração ou aqueles que são afetados ou que confrontam a atividade, sejam Estados ou Municípios.

4 USO DAS RECEITAS PÚBLICAS MINERAIS E PETROLÍFERAS

Este trabalho foca três pilares centrais dos *royalties* minerários e petrolíferos cobrados pelos Estados americano e brasileiro. Já foi apresentada a estruturação da cobrança dessas receitas quando da exploração dos recursos minerais (*lato sensu*) no país e a quem (entes federativos ou agentes privados) elas são distribuídas e devidas, ante a propriedade dos recursos e o local onde ocorre a exploração. Cabe, agora, apresentar o último aspecto central: o uso das receitas.

A relevância do uso dessas receitas não pode ser exagerada, ante os efeitos positivos e negativos que poderão causar na economia do país; os efeitos negativos são quase sempre os mais ressaltados, dado o histórico de questões de reprimarização da economia, deterioração dos termos da troca, doença holandesa etc. Isto é, ao invés de os recursos naturais serem uma benção para o Estado, são uma verdadeira maldição, provocando efeitos unicamente deletérios, a partir da forma como são usados.

Vale destacar, inclusive, que há autores que defendem que a exploração de recursos minerários e petrolíferos pode causar danos à democracia, por favorecer a instalação ou manutenção de regimes autoritários:

Primeiro, a hipótese petróleo impede-democracia é tanto válida quanto estatisticamente robusta; em outras palavras, petróleo faz mal sim à democracia. Além disso, petróleo causa mais dano à democracia em Estados pobres do que em ricos, e um aumento da exportação de petróleo prejudicará mais Estados pobres de petróleo do que Estados ricos em petróleo. Logo, petróleo impede a democracia, mesmo quando exportações são relativamente baixas, especialmente em Estados pobres.⁴²⁶

⁴²⁶ No original: “*First, the oil-impedes-democracy claim is both valid and statistically robust; in other words, oil does hurt democracy. Moreover, oil does greater damage to democracy in poor states than in rich ones, and a given rise in oil exports will do more harm in oil-poor states than in oil-rich ones. Hence, oil inhibits democracy even when exports are relatively small, particularly in poor states.*” (ROSS, Michael L. Does oil hinder democracy? *World Politics*, v. 53, No. 3, p. 356, Apr. 2001). Ver também: ROSS, Michael L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. Princeton: Princeton University Press, 2012. Vale destacar que Celso Furtado, em estudo sobre a Venezuela, afirmou que: “[F]icava em destaque o elo entre a capacitação das rendas centralizadas pelo Estado e os regimes autoritários, de par com a dependência notadamente tecnológica e a vulnerabilidade externa crescente, assim como a grande dificuldade para promover reformas em face dos interesses adquiridos nesse tipo de economia.” (FURTADO, Celso. *Ensaio sobre a Venezuela: subdesenvolvimento com abundância de divisas*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 161).

Discorda-se das conclusões desse autor, que não levam em consideração países ricos em recursos naturais e com exploração abundante, cujas instituições democráticas não foram abaladas a partir disso, com destaque para os Estados Unidos que, em dado momento, produziam 64% do petróleo mundial, dentre outros, tais como a Noruega. O equívoco não passou despercebido e ficou ausente de críticas, tendo sido apresentados dados diametralmente opostos por outros autores, que concluíram ser a exploração benéfica à democracia, cabendo destacar a seguinte crítica ao raciocínio apresentado, que foca questões culturais:

Apresentando isso de forma mais concreta, a presunção por trás da maioria das regressões na literatura é que, se a Arábia Saudita não tivesse se tornado dependente do petróleo, ela poderia ter desenvolvido as mesmas instituições políticas da Dinamarca, desde que tivesse também alcançado a mesma renda *per capita* e tivesse menos muçulmanos. É difícil acreditar, porém, que instituições endêmicas que variam ao longo do tempo, que não são capturadas por covariáveis como PIB per capita e a porcentagem da população que é muçulmana, não diferenciam esses países. Além disso, essas diferenças não especificadas e persistentes definem o conjunto possível de instituições políticas e setores econômicos que surgem e sobrevivem [...]. Nossos resultados indicam que dependência em petróleo e minérios não promove ditaduras no longo prazo. Se nada, o oposto é verdadeiro. Esses resultados se mantêm ainda quando são pesquisados diversos outros efeitos condicionais sugeridos pela literatura.⁴²⁷

Embora não se pretenda discorrer extensivamente sobre a possível correlação entre democracia e recursos naturais⁴²⁸ e possíveis preconceitos de autores que trataram do tema, as afirmações alarmistas destacam o possível protagonismo dos *royalties* na economia do país e na vida dos seus cidadãos. Ou seja, a forma como esses recursos são utilizados é relevante, bem como as diretrizes ou princípios observados nesse dispêndio.

⁴²⁷ No original: “*To put it concretely, the assumption behind the majority of the regressions in the literature is that, had Saudi Arabia not become oil-reliant, it might have developed the same political institutions as Denmark, provided that it had achieved the same per capita income and had fewer Muslims (see Ross 2001). It is hard to believe, however, that endemic, time-invariant institutions that are not captured by covariates such as GDP per capita and the population share that is Muslim do not differentiate these countries. Moreover, these persistent, unspecified differences define the possible set of political institutions, and the possible set of economic sectors, that emerge and survive [...]. Our results indicate that oil and mineral reliance does not promote dictatorship over the long run. If anything, the opposite is true. These results hold even when we search for a host of conditional effects suggested by the literature.*” (HABER, Stephen H.; MENALDO, Victor A. Do natural resources fuel authoritarianism?: a reappraisal of the resource curse. *American Political Science Review*, v. 105, No. 1, p. 2 e 25, Feb. 2011 – nossa tradução). Cumpre destacar mais este trecho do autor: “*This is not to say that there may not be specific instances in which resource rents might have helped to sustain a dictatorship. It is to say, however, that there is a big difference between pointing to these instances and making sweeping, lawlike statements.*” (Ibidem, p. 25).

⁴²⁸ Sobre o tema, vide: SILVEIRA, Alexandre. *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 51 e ss.

4.1 A questão intergeracional

A preocupação com o futuro, de certa forma, sempre existiu, seja pela preocupação de um determinado sujeito com seus descendentes diretos que advirão, dos fundadores pioneiros de qualquer sociedade fictícia, ou a instituição de um Estado moderno, com a sua perspectiva de duração prolongada (ou até infinita). Uma visão prospectiva é comum, de forma que não se visam apenas a objetivos imediatos, há uma preocupação com os efeitos que se prolongarão no tempo e o que virá no futuro.

Em que pese o fato de essa preocupação, responsabilização ou conscientização com o futuro já ser intrinsecamente instituída, ou ser inerente ao ser humano, essa perspectiva ganhou nome teórico e notoriedade a partir da publicação de *Uma teoria da justiça*, de John Rawls, em 1970⁴²⁹, na qual ele desenvolve o conceito de equidade intergeracional, defendendo que se deve ter não só consciência dos efeitos do presente no futuro, mas de que há um dever ético da geração atual para com as futuras.

O raciocínio do autor é desenvolvido a partir de um exercício hipotético da fundação de uma sociedade original por agentes isentos. Mais especificamente, quais seriam os princípios e regras escolhidos por agentes isentos⁴³⁰ e despidos de quaisquer pré-

⁴²⁹ Sobre John Rawls e sua importância para os estudos de diversas áreas das ciências sociais é válido apresentar trecho de um texto de Ronald Dworkin apresentado quando do seu falecimento: “*Uma Teoria da Justiça* juntou-se ao cânone de obras que qualquer pessoa propriamente educada era esperada ao menos reconhecer, ela apareceu de imediato nas listas de leitura de direito, economia, história e teoria social assim como de filosofia, e três décadas depois as ideias principais de Rawls – a posição original com seu véu de ignorância como uma estratégia para pensar sobre justiça e o objetivo de tornar aqueles entre nós que estão em pior posição tão melhores quanto possam estar – são até mais como uma moeda comum: elas são agora a propriedade intelectual comum de milhões de pessoas [...] A experiência de pensamento de Rawls, instantaneamente memorável, sobre o que as pessoas decidiriam por elas mesmas em condições equânimes, que olha para a sociedade de dentro, do ponto de vista dos indivíduos, um por um [...] deu às suas ideias a mais intensa força que um argumento filosófico pode ter: a pegada de pertinência e o choque de reconhecimentos.” (DWORKIN, Ronald. John Rawls. *The Harvard Review of Philosophy*, v. 11, p. 7-8, 2003 – nossa tradução).

⁴³⁰ Rawls oferece uma nova alternativa contratualista, quel parte não de um estado natural ou histórico, mas sim de “um arranjo inicial hipotético no qual todos os bens primários sociais são distribuídos igualmente” [...]. Os participantes do acordo não se encontram em estado de natureza, como nas teorias contratuais clássicas, embora a concepção da posição inicial lembre um pouco tal estado. É que eles já são portadores da qualidade de membros de uma sociedade [...]. No mais, são dotados de certa ‘virtude política natural’ [...] traço teórico que remete ao passado clássico, no mínimo até Aristóteles. O contrato social rawlsiano também difere da figura clássica congênere pelo conteúdo. Seu objeto não é a fundação concreta de uma sociedade com as escolhas de uma forma de governo e de um governante, mas a seleção de certos princípios morais – os princípios da justiça que deverão regular a estrutura social básica.” (NEDEL, José. A teoria da justiça de John Rawls: um esboço. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (Orgs.). *Novo manual da ciência política: autores modernos e contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 553).

concepções e predefinições na distribuição de riquezas e dotes em determinada sociedade, sendo o resultado o que o autor denomina de consenso equitativo ou justiça como equidade⁴³¹. Os dois pressupostos para o exercício são definidos como a posição original e o véu da ignorância, em que há uma situação de trocas virtuais e artificiais prévias à instituição de uma sociedade, na qual estariam ausentes ou ao menos neutralizados quaisquer elementos que pudessem vir a influir na opinião de determinado sujeito sobre questões de justiça (*e.g.* posições políticas, religiosas, nível de renda, inteligência e quaisquer outros dotes físicos ou intelectuais).

Nessa *posição original*, os agentes desconheceriam (*véu de ignorância*⁴³²) seu lugar na sociedade, sua classe social ou a distribuição de dotes naturais que receberiam. Despidos desse conhecimento prévio e sem preconceitos, esses cidadãos hipotéticos elegeriam princípios da justiça, especialmente de efeito redistributivo, e a forma como a sociedade deveria direcionar suas ações para buscar um patamar mais justo e equitativo. Com esses pressupostos, os indivíduos agiriam de forma imparcial e chegariam a um consenso sobre equidade, resultando em direitos e liberdades fundamentais e benefícios socioeconômicos:

[A]s desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade.

⁴³¹ “Uma característica pode ser descrita da seguinte forma: a injustiça existe porque acordos básicos são feitos tardiamente (Richard Zeckhauser). As pessoas já conhecem suas posições sociais e força relativa nas negociações, suas habilidades e preferências, e essas contingências e conhecimento desses fatores distorcem o sistema social. Na tentativa de remediar essa dificuldade, a teoria contratualista introduz a noção de posição original”. No original: “*One feature of it might be put this way: injustice exists because basic agreements are made too late (Richard Zeckhauser). People already know their social positions and relative strength in bargaining, their abilities and preferences, and these contingencies and knowledge of them cumulatively distort the social system in an attempt to remedy this difficulty, contract theory introduces the notion of the original positions.*” (RAWLS, John. Some reasons for the maximin criterion. *American Economic Review*, v. 64, No. 2, p. 141, 1974. Papers and proceedings of the Eighty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May 1974) – nossa tradução).

⁴³² “O véu de ignorância, todavia, deixa transparecer as informações necessárias para o acordo ser racional. Filtra luzes, informações e conhecimentos gerais da vida humana, da psicologia, da sociologia, da economia, da política (TJ, p 119). Os contratante sabem, por exemplo, que as pessoas são interessadas mais por si mesmas do que pelos outros (TJ, p 114). Não desconhecem que elas tendem sempre a procurar a maior quantidade de bens sociais primários, que são de várias ordens: liberdades básicas; liberdade de movimento e ocupação; oportunidades para ocupar cargos de responsabilidade; possibilidade de renda e riqueza; bases sociais de respeito a si mesmo, ou seja, de autorrespeito (TJ, p. 321). Contudo, na posição original, as partes, embora autointeressadas e não altruístas, têm um senso de justiça e uma racionalidade que as capacita para uma escolha pragmática”. (NEDEL, José, A teoria da justiça de John Rawls: um esboço, in *Novo manual da ciência política: autores modernos e contemporâneos*, cit., p. 554).

Para fins da análise do uso de *royalties*, focar-se-á a questão da *poupança justa*, que, para além de um foco redistributivo intrassociedade e suas diversas camadas, incorpora um aspecto *temporal* na equação, não devendo haver um gasto desenfreado (leia-se insustentável) dos recursos (naturais, financeiros, monetários etc.).

John Rawls, portanto, defendia uma ética que vincula as gerações atuais⁴³³ com as futuras, determinando que se tem um dever para com os futuros descendentes. Naturalmente, esse posicionamento não é unânime na doutrina, contrapondo-se tanto a Kant quanto a Herzen:

E o fez contra as ideias de Kant (para quem era “desconcertante o fato de que as gerações anteriores devessem carregar os seus fardos apenas para o bem das gerações posteriores, e que estas últimas devessem ter a boa sorte de residir no prédio já terminado”) e Herzen (para quem “o desenvolvimento humano é um tipo de injustiça cronológica, pois aqueles que vivem mais tarde lucram com o trabalho de seus predecessores”)⁴³⁴

Essa questão também foi tratada em carta escrita por Thomas Jefferson a James Madison⁴³⁵, no qual ele expõe que:

A questão de uma geração de homens ter o direito de vincular outra não parece ter iniciado neste nosso lado do rio. De todo modo, é uma questão de tamanhas consequências que merece não apenas uma resposta, mas de ser um dos princípios centrais de todo governo. A reflexão em que estamos imersos, sobre os princípios elementares da sociedade, me apresentou esta questão; e a afirmação que nenhuma obrigação pode ser transmitida é capaz de prova. – Neste sentido, proponho o que entendo ser autoevidente “que a terra pertence, em usufruto, aos vivos”: que os mortos não têm poderes ou direitos sobre ela. A

⁴³³ Conforme registrado por Alexandre Coutinho da Silveira, Rawls promoveu ajustes em sua teoria, de forma a tornar essa preocupação mais explícita e não apenas implícita, alterando as características da posição original, de forma que cada indivíduo na discussão da formação da sociedade incluiria/representaria linhagens familiares e estariam preocupados ao menos com os seus descendentes diretos. Alguns autores, refletindo sobre esse ponto afirmam que se cada geração se preocupar ao menos com a próxima, ou seja, seus descendentes, esta preocupação se renovará a cada momento, de forma que a intergeracionalidade, de certa forma, sempre estará sendo observada, ao menos pela relação entre pais e filhos (SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 124 e ss.).

⁴³⁴ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 124.

⁴³⁵ No original: “*The question whether one generation of men has a right to bind another, seems never to have been started either on this or our side of the water. Yet it is a question of such consequences as not only to merit decision, but place also, among the fundamental principles of every government. The course of reflection in which we are immersed here on the elementary principles of society has presented this question to my mind; and that no such obligation can be so transmitted I think very capable of proof.--I set out on this ground, which I suppose to be self evident, ‘that the earth belongs in usufruct to the living’: that the dead have neither powers nor rights over it. The portion occupied by an individual ceases to be his when himself ceases to be, and reverts to the society.*”(Carta de Thomas Jefferson a James Madison intitulada “*Popular basis of political authority*”. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>>. Acesso em: 14 mar. 2018 – nossa tradução).

porção ocupada por um indivíduo cessa de lhe ser própria quando ele deixa de existir, e reverte para a sociedade.

Não obstante, a ética defendida por Rawls enxerga o sistema econômico não apenas como um dispositivo institucional para satisfazer desejos e necessidades existentes, mas como uma forma de modelar (naturalmente influenciando) as necessidades futuras:⁴³⁶

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

Consoante pontuado, a concretização dessa equidade se dá pela *poupança justa*, ou seja, a riqueza que será reservada para ou repassada às futuras gerações. Não se trata, de todo modo, de instituir uma poupança com finalidade única e exclusiva de redistribuir riqueza ou bens materiais, mas sim de deixar instituições boas e justas, de forma a promover uma sociedade mais equânime.

O repasse temporal parte da redistribuição de vantagens civilizatórias que podem ser transferidas e acumuladas. Os recursos, nesse sentido os financeiros-monetários, servem a um propósito maior, não se trata apenas da redistribuição de meios, mas da busca por um determinado fim, um projeto de sociedade.

Posto o dever de poupar, ou o dever de atentar com o futuro, a pergunta que isso suscita é quanto devemos poupar e a forma de poupança. Num cenário teórico-hipotético, o autor determina que essa taxa é variável e depende de inúmeros fatores, mas principalmente do momento da sociedade e seu nível de riqueza, pois “quando as pessoas são pobres e poupar é difícil, deve-se exigir uma taxa mais baixa; ao passo que, em uma sociedade mais rica, maiores poupanças podem ser racionalmente esperadas”⁴³⁷, em outro contexto, em países subdesenvolvidos, onde quase todos os fatores são carentes de investimento e precários, sendo tudo essencial, uma poupança maior será mais difícil.

⁴³⁶ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 337.

⁴³⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 319.

4.1.1 Fator intergeracional nos *royalties*

A questão temporal, ou da intergeracionalidade, na exploração de recursos naturais ganha conotação adicional de preocupação, dado o fato de que não se está tratando apenas de poupar recursos financeiros que seriam fungíveis e elásticos, cuja perpetuação tem quase inexistente risco de não se concretizar. Em outras palavras, o risco do atual sistema de financeiro provavelmente se manterá, haverá evolução, mas dificilmente extinção.

No caso das explorações minerária e petrolífera, está-se lidando com um recurso que, por sua natureza, não é renovável e não pode ser replicado artificialmente, ou seja, a partir do momento em que um recurso for esgotado por uma determinada geração, a próxima não poderá mais usufruir dessa riqueza. Independentemente de um plano de exploração racional, o esgotamento de determinado recurso é iminente e certo, seja pelo aspecto físico ou tecnológico (*e.g.* mudança de padrões, matriz energética etc.).

Não só a esgotabilidade do recurso em si é causa de preocupação, mas também a forma como são utilizadas suas receitas, as quais, pelo mau uso histórico, levaram alguns autores a associar a abundância de recursos minerais e petrolíferos como negativa, porém essa *maldição dos recursos naturais* é um problema político de distribuição de custos e benefícios de atividades essenciais na atual conjuntura.⁴³⁸

O planejamento da exploração desses recursos se torna essencial, pelos efeitos deletérios que poderão advir de uma exploração irresponsável, ou ao menos não voltada para os objetivos de desenvolvimento do país. Em que pese a riqueza que poderá ser gerada pela exploração de recursos como o petróleo, no longo prazo, caso não se atente para questões macroeconômicas, poder-se-ão observar questões como doença holandesa⁴³⁹

⁴³⁸ KARL, Terry Lynn. *The paradox of plenty: oil booms and petro-states*. Berkeley: University of California Press, 1997.

⁴³⁹ “[...] a sobreapreciação crônica da taxa de câmbio de um país causada por este para explorar recursos abundantes e baratos, cuja produção comercial é compatível com uma taxa de câmbio claramente menor do que a taxa de câmbio média que viabiliza setores econômicos de bens comercializáveis que utilizam tecnologia no estado da arte.” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (Org.). *Doença holandesa e indústria*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p.). Igualmente: “O que é a maldição e a doença? Enquanto se presume que ambas surgem da abundância de recursos, elas possuem formas diferentes. Entende-se a Maldição dos Recursos como o fenômeno que países ricos em recursos naturais tendem a crescer de forma mais lenta --- usando produção agregada *per capita* como métrica --- do que países semelhantes que não possuem esta mesma riqueza. A Doença Holandesa, por sua vez, é um termo utilizado por estudiosos para o fenômeno que a exportação de recursos resulta em uma rápida contração de outros setores que não os de

(*dutch disease*⁴⁴⁰), deterioração dos termos da troca⁴⁴¹ ou a reprimarização da economia⁴⁴² (desindustrialização).

A questão não é de maldição ou salvação, mas a forma como ocorre a exploração e como são utilizadas as rendas arrecadadas dessa atividade para a transformação e dinamização do setor produtivo e necessidades sociais, garantindo que esse recurso finito se transforme em rendas infinitas ou benefícios que se perpetuam.

recursos naturais. [...] Muitos autores [...] destacam o *rent seeking* e corrupção como elementos centrais do que causa a maldição. A Doença Holandesa, por sua vez, vai junto”. No original: “*What are the curse and the disease? While both presumably arise from resource riches, they take on different forms. The Resource Curse can be thought of as the phenomenon that resource-rich countries tend to grow slower – using aggregate output per capita as measure – than similar, not resource rich, countries do. The Dutch Disease, on the other hand, is a term most scholars use for the phenomenon that resource exports leads to a rapid contraction of the non-resource traded goods sector. [...] Many authors [...] point toward rent seeking and corruption as core elements of what causes the curse. The Dutch Disease, on the other hand, goes together.*” (LARSEN, Erling Røed. *Escaping the resource curse and the dutch disease?: when and why Norway caught up with and forged ahead of its neighbors*. Discussion Paper No. 377, May 2004. Statistics Norway, Research Department. p. 4-5. Disponível em: <<https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/DP/dp377.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018).

⁴⁴⁰ Segundo Isabela Morbach Machado e Silva: “Menos conhecido, fenômeno semelhante ocorreu também na Holanda, por volta do século 17, quando a tulipa (uma flor exótica originária do Oriente) se transformou em objeto de desejo e *status* social entre os cidadãos de Amsterdã, então uma das cidades mais ricas da Europa. A demanda por tulipas, de tipos cada vez mais variados e com espécimes raros desejados ardentemente, fez os preços dos bulbos da flor oscilarem rapidamente. Fazia-se de tudo para comprar tulipas, formando-se um mercado futuro, que consistia basicamente na compra de um título do produtor para entrega na época da produção. Esse papel podia ser comprado ou vendido, gerando lucros ou perdas. A especulação criou uma bolha econômica que estourou em 1637, causando perdas a milhares de investidores e o prejuízo aos verdadeiros produtores da flor. O contexto econômico inclusive inspirou um dos romances mais famosos do autor Alexandre Dumas, intitulado *A Tulipa Negra*.” (SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., nota 32, p. 29).

⁴⁴¹ Em seu trabalho, Gilberto Bercovici, ao fazer uma defesa pela apropriação do excedente na exploração de recursos minerais, aborda de forma minuciosa esse efeito, que implica na crescente transferência de renda aos países do centro. De forma simplificada e grosso modo, os países da periferia exportam minérios raros por um valor baixo e importam produtos com alto valor agregado (BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 297 e ss.). E também: “A dinâmica da economia mundial tende, portanto, a aprofundar o desenvolvimento desigual (cuja expressão imediata é o desnível de produtividade média e de renda entre centro e periferia), porque o centro é capaz de conservar seus incrementos de produtividade e, ainda, de se apropriar de parte dos resultados do progresso técnico introduzido na periferia. Em outras palavras, há uma tendência à concentração dos frutos do progresso técnico nas economias centrais, e o mecanismo pelo qual isto se dá é a deterioração dos termos da troca. [...] Que problemas deveria enfrentar esta industrialização que surgira como reação espontânea das nações latino-americanas às dificuldades de importação acarretadas pelas guerras mundiais e pela Grande Depressão? A resposta é muito simples: os problemas e, ao mesmo tempo, a especificidade da industrialização latino-americana decorrem do seu caráter periférico. Ou melhor: a industrialização latino-americana é problemática porque periférica. A desigualdade do desenvolvimento mundial reflete-se, em primeiro lugar, no descompasso entre as técnicas produtivas “avançadas” do centro e a capacidade de poupança da periferia.” (MELLO, João Manuel Cardoso de, *O capitalismo tardio*, cit., p. 18-19).

⁴⁴² Vide: BARROS, Octavio de; PEREIRA, Robson Rodrigues. Desmistificando a tese da desindustrialização: reestruturação da indústria brasileira em uma época de transformações globais. In: BARROS, Octavio de; GIAMBIAGI, Fabio. (Orgs.). *Brasil globalizado: o Brasil em um mundo surpreendente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2008. p. 299-330.

Especificamente em relação à exploração dos recursos naturais, Edith Brown Weiss afirma que “como membros da geração atual, nós mantemos a Terra como depositários para as futuras gerações. Ao mesmo tempo, somos beneficiários com direitos a usar e se beneficiar da Terra”⁴⁴³ e aponta três problemas intergeracionais principais: a exaustão física dos recursos, a degradação da qualidade deles (e conseqüentemente da vida) e o acesso discriminatório ao uso e aos benefícios desses recursos pela geração atual.

Já tendo sido abordada a questão da exploração *versus* entesouramento, e tendo sido feita a escolha válida pela exploração, cabe, além da distribuição federativa dos recursos vista no capítulo anterior, destacar como cada país ordena o uso dessas receitas e se as especificidades delas e a esgotabilidade dos recursos estão sendo levadas em consideração. Esse ponto foi bem resumido por Flávio Rubinstein:

A equidade intergeracional materializa um dilema inerente aos recursos naturais não renováveis, qual seja: quantos destes recursos devem ser explorados no presente, e quanto deve ser preservado para gerações vindouras. Sob a ótica das finanças públicas, tal problemática pode ser analisada a partir de dois prismas: (i) o da decisão sobre o ritmo da exploração de recursos, eis que o uso presente acarreta como consequência inarredável a impossibilidade de nossos descendentes terem acesso à mesma reserva; e (ii) o da aplicação das receitas públicas auferidas.⁴⁴⁴

Em outras palavras, se essas receitas extraordinárias⁴⁴⁵ (i.e., não correntes, tais como as receitas tributárias) de recursos finitos são direcionadas para fins cujos benefícios se perpetuam.

4.2 Restrições legais - do uso das receitas

A esgotabilidade dos recursos naturais cuja exploração gera a arrecadação de *royalties* influenciou a postura de ambos os Estados na regulação do uso dessas receitas. Em ambos os casos, embora em graus distintos, distinguiram-se essas receitas extraordinárias das receitas correntes, tais como as oriundas das competências tributárias.

⁴⁴³ No original: “*as members of the present generation, we hold the Earth in trust for future generations. At the same time, we are beneficiaries entitled to use and benefit from it*” (WEISS, Edith Brown, *In fairness to future generations: international law, common patrimony, and intergenerational equity*, cit., p. 385 – nossa tradução).

⁴⁴⁴ RUBINSTEIN, Flávio, *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*, cit., p. 284.

⁴⁴⁵ Vide a nota de rodapé n. 146.

Ou seja, os *royalties* possuem distribuição e usos próprios que visam a incorporar suas características intrínsecas de não renovação.

Apesar do fato de haver avanços nos ordenamentos jurídicos sobre como essas receitas são usadas, entende-se que alterações são necessárias para adequar o uso das receitas a questões como intergeracionalidade, embora se tenha incorporado o uso de fundos para otimizar a sua utilização. Fato é que as receitas oriundas da exploração mineral e petrolífera não devem ser tratadas como receitas ordinárias, e mais adequado seria direcioná-las para gastos que poderão ter efeitos positivos para o futuro, tais como em infraestrutura ou educação.

Grosso modo, direcionar as receitas extraordinárias para custear gastos correntes serviria para minar o efeito transformador de uma das mais importantes fontes de receitas não tributárias de ambos os países. Mais adequado seria investir em ativos duráveis ou usar mecanismos para tornar a receita elástica, impedindo sua dispersão e mau uso:

O problema econômico das rendas provenientes da mineração e da indústria petrolífera diz respeito à capacidade de absorção destas rendas. Essas rendas podem ser facilmente dispersadas, quando deveriam ser utilizadas de modo que criassem ativos duráveis, para assegurar a sua continuidade.⁴⁴⁶

Como defendido ao longo deste trabalho, as explorações mineral e petrolífera não são, em si, prejudiciais à economia e aos objetivos de desenvolvimento do Estado. Os problemas surgem a depender do gerenciamento das receitas arrecadadas e a forma como são utilizadas, resultando em questões como doença holandesa e reprimarização da economia. Assim, é necessário analisar como ambos os Estados vêm enfrentando esse desafio de gerenciar os *royalties* arrecadados e se desenharam seu ordenamento jurídico atentos aos problemas que deficiências nessa gestão poderão causar.

Mais especificamente, essas receitas, principalmente no caso brasileiro, não estão sendo utilizadas de forma a alcançar os objetivos constitucionais de redução de desigualdades e desenvolvimento do País⁴⁴⁷. O desafio brasileiro é sensivelmente

⁴⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 29.

⁴⁴⁷ “Não há evidência de melhor modo de intervencionismo do que a utilização dessa cobrança de *royalties*, no encontro auspicioso entre Constituição Financeira e Constituição Econômica, pelo quanto representa na definição de políticas públicas sobre o marco regulatório da exploração do petróleo e do gás natural, prospecção mineral e aproveitamento dos potenciais de energia elétrica e equivalentes. Os *royalties* podem

amplificado pelo fato de que há uma concentração dessas receitas em Municípios mineradores, por exemplo, cuja falta de dispersão limita o poder transformador amplo delas. Em outras palavras, as receitas não são necessariamente utilizadas em grandes gastos de alcance nacional, e nesse ponto, como será visto abaixo, poder-se-ia argumentar haver uma pequena vantagem da legislação americana e a utilização de fundos para direcionar gastos a projetos e questões específicas.

4.2.1 Brasil

A liberdade orçamentária no uso das receitas oriundas da exploração de recursos minerais e petrolíferos já sofreu diversas limitações normativas, principalmente a partir da sua vinculação e afetação a determinado órgão, na tentativa de imprimir algum tipo de controle aos possíveis efeitos deletérios que gastos inadequados com essa receita podem causar. A efetividade desse controle, na prática, deu resultados díspares, devido à forma como é estruturado o sistema orçamentário, bem como às regras de cálculo do limite de gastos, como será visto.

No caso brasileiro, se seguirá justamente a distinção entre vinculação e vedação, apresentada por Fernando Facury Scaff para expor como o Brasil tratou a receita de *royalties*, no que tange à destinação do produto da arrecadação, ou simplesmente como serão gastos os *royalties* arrecadados e quem efetuará esse gasto.

A vinculação “significa criar um elo normativo entre uma receita e sua destinação, que pode ser *afetada* a um órgão, fundo ou determinada despesa, obedecidos os parâmetros normativos”⁴⁴⁸. A título de exemplo, no Brasil, a partir do artigo 212 da Constituição Federal, que determina que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento [...] na manutenção e desenvolvimento do ensino”, a “despesa é vinculada em relação ao ensino e também no

servir à proteção do patrimônio nacional, reversão da riqueza em favor de toda a população e utilização desses recursos em favor do federalismo cooperativo, que está igualmente comprometido com a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e com o da solidariedade. Com isso, essas receitas podem ser muito relevantes para ampliação da atuação do Estado Social por intermédio da distribuição do produto arrecadado dessas riquezas.” (TORRES, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*, cit., p. 237).

⁴⁴⁸ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 319.

tocante a saúde”⁴⁴⁹. Outras vinculações que se observam, cuja legalidade e constitucionalidade é questionada⁴⁵⁰ a partir da vedação da vinculação, fora as exceções previstas no texto constitucional⁴⁵¹, são o direcionamento de parte da receita para órgãos específicos da Administração Pública.

Conforme apontado no relato histórico de Fernando Facury Scaff⁴⁵², umas das primeiras vinculações e limitações ao uso dos *royalties*, no caso os petrolíferos, foram introduzidas pela Lei n. 2.004/53 que, dentre outras coisas, criou a empresa estatal Petrobras. À época, a legislação determinava, em seu artigo 27, que os *royalties* deveriam ser gastos “preferentemente, na produção de energia elétrica e na pavimentação de

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de direito financeiro*, cit., p. 451.

⁴⁵⁰ Contra essa vinculação, André Castro Carvalho apresenta posicionamento favorável: “No Brasil, por outro lado, a não afetação apareceu explícita na Constituição e restrita a uma espécie tributária (imposto), reforçando o comando no que concerne a este tributo e enfraquecendo-o no tocante às demais espécie tributárias e outras receitas não tributárias, permitindo-se a plena vinculação delas por leis ordinárias.” (CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 175). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESTINAÇÃO DE RECURSOS. FUNDO ESTADUAL DE REAPARELHAMENTO E MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - FUNDESP. COBRANÇA. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. LEI ESTADUAL N. 12.986/96. VIOLAÇÃO DO ART. 167, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Preceito de lei estadual que destina 5% [cinco por cento] dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais e não oficializadas ao Fundo Estadual de Reparelhamento e Modernização do Poder Judiciário - FUNDESP não ofende o disposto no art. 167, IV, da Constituição do Brasil Precedentes. 2. A norma constitucional veda a vinculação da receita dos impostos, não existindo, na Constituição, preceito análogo pertinente às taxas. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 570513 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-04 PP-00722 RTJ VOL-00209-02 PP-00922). Destaca-se ainda: [...] 5. Ademais, o inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, hoje com a redação dada pela E.C. n.º 29, de 14.09.2000, veda ‘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 e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, § 2º, e 212, 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’. A vedação é afastada, portanto, apenas nas hipóteses expressamente ressalvadas, que não abrangem os programas de assistência integral à criança e ao adolescente. É que, quanto a isso, o inciso IV do art. 167 da Constituição Federal encerra norma específica, fazendo ressalva expressa apenas das hipóteses tratadas nos artigos 198, § 2º (Sistema Único de Saúde) e 212 (para manutenção e desenvolvimento do ensino). 6. De qualquer maneira, mesmo que não se considere violada a norma do art. 168, inciso IV, da C.F., ao menos a do art. 165, inciso III, resta inobservada. Assim, também, a relativa à autonomia dos Municípios, quanto à aplicação de suas rendas. 7. Ação Direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 227 da Constituição do Estado de Pernambuco.” (STF – ADI n. 1.689, rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. 12.03.2003, DJ, de 02.05.2003).

⁴⁵¹ Constituição Federal: “Art. 167 [...] 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;”

⁴⁵² SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 319. Igualmente: FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 190.

rodovias”. Essa legislação sofreu vinculações adicionais posteriormente, sendo as primeiras alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 523/69, garantindo, na exploração *offshore*, distribuições ao DNPM “para constituição de Fundo Nacional de Mineração e ao Ministério da Educação e Cultura, para o incremento da pesquisa e do ensino de nível superior no campo das geociências”, nos termos do parágrafo 4º do artigo 27.

Outras alterações relevantes foram as introduzidas pela Lei n. 7.453/85, que vinculou parcela dos *royalties* “ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas” e, em seguida, pela Lei n. 7.525/86, que determinou que os gastos não deveriam ser preferentemente em energia elétrica e rodovias, mas sim “exclusivamente”. A vinculação aos órgãos da Administração Direta da União foi consolidada pela Constituição Federal, que garantiu a sua participação no parágrafo 1º do artigo 20.

Outra limitação à liberdade orçamentária dos *royalties* arrecadados, por sua vez, concerne à vedação do uso desses recursos em determinados tipos de gastos, ou, nas palavras de Fernando Facury Scaff, “impedir, proibir, não permitir que uma determinada verba seja em certa atividade ou gasto. A Constituição brasileira é preta de *vedações*, existindo, inclusive um longo artigo exclusivamente destinado a elas, o art. 167”⁴⁵³. Ou seja, além das vinculações legislativas, não pode o Estado (ou o governo eleito, para ser mais preciso) utilizar essas receitas de forma ampla e indiscriminada, havendo regras a serem observadas para verificar se os gastos estejam sendo direcionados para fins adequados.

Essas limitações proibitivas foram introduzidas a partir da Lei n. 7.990/89, a qual, em seu artigo 8º, afirma expressamente que é “vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal”. A limitação, portanto, impede que essas receitas sejam perdidas em gastos correntes com quadro funcional ou direcionados para o pagamento da dívida. O objetivo dessa limitação é direcionar a aplicabilidade da receita para gastos de capital, tais como infraestrutura, mas há casos em que despesas referentes ao quadro permanente de pessoal não sejam, *per se*, ruins, tais como as direcionadas ao desenvolvimento das capacidades do quadro funcional.

⁴⁵³ SCAFF, Fernando Facury, *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, cit., p. 320.

Não obstante, a própria legislação prevê exceções a essa vedação, que podem ser tão ou mais perniciosas quanto as previstas no comando geral. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 8º⁴⁵⁴ rezam que as vedações não se aplicam (i) “ao pagamento de dívidas para com a União e suas entidades”, (ii) “ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, especialmente na educação básica pública em tempo integral, inclusive as relativas ao pagamento de salários e outras verbas de natureza remuneratória a profissionais do magistério” e (iii) a utilização “para capitalização de fundos de previdência”, com destaque para os itens (i) e (iii).

A rigor, a exceção de pagamento de dívidas com a União e suas entidades permitiria “a instalação de uma *conta corrente* das unidades federadas para com a União”, efetivamente contornando o comando normativo, ao desenhar a contratação e pagamento de dívidas por meio de outro ente federativo, possibilitando o uso de *royalties* para fins de sanar a dívida interna. De outro lado, o uso de capitalização para fundos de previdência resultou no direcionamento de receitas estritamente para essa finalidade, com o sacrifício de receitas futuras (e direitos das gerações futuras) para o pagamento de gastos correntes (não se está negando o caráter também intergeracional da previdência, mas criticando a má gestão fiscal).

Contudo, o que se observa na prática é o descumprimento dessas limitações, seja por meio de instrumentos legais ou pela forma como é estruturado o orçamento brasileiro. No que tange ao orçamento brasileiro, o sistema é de caixa único, não havendo caixas estanques e isoladas para determinados tipos de receitas, controlando assim o destino delas. Em sendo caixa único, há vasos comunicantes entre todas as receitas e despesas orçamentárias, o que permite fáceis manobras e compensações entre gastos, de forma a abarcar os interesses políticos:

⁴⁵⁴ Lei n. 7.990/89: “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. § 1º As vedações constantes do caput não se aplicam: I - ao pagamento de dívidas para com a União e suas entidades; II - ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, especialmente na educação básica pública em tempo integral, inclusive as relativas a pagamento de salários e outras verbas de natureza remuneratória a profissionais do magistério em efetivo exercício na rede pública. § 2º Os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização de fundos de previdência.”

[...] estabelecer esse tipo de vedações, inclusive com as exceções mencionadas, possui pouquíssima eficácia, em razão de amplo sistema de *vasos comunicantes orçamentários*, na linha da *liberdade de conformação do legislador orçamentário*, que permite a locação de verbas de acordo com o interesse políticos dos órgãos responsáveis pela construção do orçamento do país. A verba que não pode ser usada para realizar o gasto X é carreada para o Y, permitindo que outra verba seja usada para fazer frente àquela despesa. Assim, a vedação ao uso dos *royalties* para pagamento de despesas com pessoal faz com que esse dinheiro possa ser utilizado em outras despesas que seriam necessariamente custeadas com os recursos que foram destinados a essas despesas com pessoal.

No mesmo sentido, Maria Amélia Enríquez, a respeito do que denomina de *armadilha do caixa único*, afirma que “os recursos entram no caixa da prefeitura e se ‘diluem’ nas despesas correntes”, sendo que:

[O]s gestores públicos ainda não foram capazes de perceber o potencial da CFEM, enquanto recurso extra que, se utilizado produtivamente, desenvolva oportunidades de geração de emprego e renda, atacando um dos mais sérios problemas que municípios de base mineradora enfrentam e, dessa forma, reduza a pobreza e amplie a base de arrecadação municipal. Os recursos da CFEM entram nos caixas únicos das prefeituras e são “engolidos” pelas necessidades imediatas e ilimitadas que todos os municípios apresentam.⁴⁵⁵

De forma contundente, Alexandre Coutinho da Silveira destaca que as limitações são contornadas com muitas facilidades, afirmando, quanto às despesas com pessoal, que elas:

[S]ão costumeiramente desrespeitadas – e não através de elaborados artifícios, mas de simples manobras básicas, facilmente perceptíveis: é o caso dos Municípios que promovem a contratação de empresas terceirizadas para exercer as mesmas funções do quadro permanente de pessoal.⁴⁵⁶

Nesse ponto, autores apresentam diversas inconsistências orçamentárias que não condizem com as limitações ao uso pretendidas pela legislação, o que também pode decorrer do sistema orçamentário de caixa único e como as limitações de gasto são estruturadas juridicamente.

Por exemplo, Andressa Torquato Fernandes destaca que alguns Tribunais de Contas estaduais entendem que a vedação do artigo 8º da Lei n. 7.990/89 “não impede que essas receitas integrem o cálculo da Receita Corrente Líquida do ente federativo (RCL)”,

⁴⁵⁵ ENRIQUEZ, Maria Amélia, *Mineração: maldição ou dádiva?: os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*, cit., p. 346.

⁴⁵⁶ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 324-325.

considerando que as limitações para gasto com pessoal seja considerada como percentagem da RCL, o que significa que essa inclusão permite que boa parte desses recursos seja aplicada em gastos com pessoal⁴⁵⁷. A referida autora destaca ainda o posicionamento de fórum realizado para harmonizar o entendimento desses tribunais, no qual técnicos entenderam que “[n]ão tendo a LRF citado tais receitas vinculadas no rol das exclusões possíveis, deveriam as mesmas compor a receita corrente líquida”, sendo “o entendimento majoritário [...] que não há fundamentação jurídica plausível para a exclusão das receitas vinculadas (*royalties*, SUS, Salário Educação do FNDE e Transferências voluntárias) da base de cálculo para a Receita Corrente Líquida”.⁴⁵⁸

Esse manejo, ou entendimentos orçamentário, foi constatado em boa parte dos Municípios petrolíferos, em pesquisa publicada em 2009, onde o “aumento das transferências provenientes de *royalties* cria um estímulo, via aumento da RCL, para que as Câmaras de Vereadores utilizem o espaço fiscal que possuem para elevar suas despesas”. O mais grave da constatação é que a expansão de despesas correntes dos Municípios “sequer está relacionada à expansão dos serviços públicos disponibilizados à população”:

Utilizando os dados dos balanços municipais de 2007, consolidados pela STN (2007), é possível constatar que o gasto *per capita* com a função Legislativo é sensivelmente maior entre os municípios mais beneficiados pelas rendas do petróleo. Na amostra de referência, com 4.364 municípios, a despesa das Câmaras é de R\$ 32,34 por habitante na média total; entre os cem maiores beneficiários dos *royalties* do petróleo, entretanto, essa média sobe para R\$ 49,09; entre os beneficiários de outros tipos de *royalties*, ela é de R\$ 36,28; e entre os que chamamos “sem *royalties*”, R\$ 30,90.⁴⁵⁹

Nesse sentido, vale ainda destacar o que foi constatado nos Municípios de Sergipe que recebiam receitas petrolíferas, os quais, além de não apresentarem níveis de crescimento em investimento público, não tiveram aumento na sua posição de IDHM:

⁴⁵⁷ Lei Complementar n. 101/2000: “Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento)”. A RCL é definida no artigo 2º dessa lei como o “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos”.

⁴⁵⁸ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 192-193.

⁴⁵⁹ AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBEETTI, Sérgio Wulff. Rendas do petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 30, p. 246, dez. 2008. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10115>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

Infere-se dos dados da Tabela 8 que o crescimento na arrecadação das rendas petrolíferas não foi acompanhado por um crescimento semelhante no investimento público dos municípios selecionados – pelo menos naqueles onde tais comparações foram possíveis. Isto demonstra ineficiência quanto à conversão das rendas petrolíferas em investimentos públicos, sugerindo uma baixa preocupação com o desenvolvimento dos municípios a partir das rendas petrolíferas. A descrição dos dados comprova que, no geral, tem havido um baixo grau de conversão das rendas petrolíferas em investimentos públicos. Ou seja, o crescimento na arrecadação desses recursos não tem sido acompanhado por um crescimento semelhante no nível de investimento público municipal. [...] O forte crescimento na arrecadação *per capita* de rendas petrolíferas não foi acompanhado por uma melhora quanto à posição ocupada por estes municípios nos respectivos *rankings de IDHM* e de *IFDM*, em âmbito estadual.⁴⁶⁰

Outro tipo de desvio do uso das receitas de *royalties* e exemplo de má gestão de recursos foi a permissão temporária, a Estados e Municípios que teriam expectativa de receitas de *royalties*, para venderem esses créditos futuros “como forma de pagamento da dívida à União e/ou capitalização interna – o que, na prática, importa em transmutar a receita de *royalties* em mero ativo financeiro, o que vai contra tudo o que se vem postulando”⁴⁶¹. Em relação ao uso dessas receitas para capitalizar fundos previdenciários, Gilberto Bercovici expõe que:

Para tanto, o Estado do Rio de Janeiro receberia Certificados Financeiros do Tesouro (CFTs), hipotecando sua renda petrolífera futura para manter o equilíbrio financeiro presente. [...] Em 1999, portanto, o governo federal antecipou a receita futura dos *royalties* do petróleo emitindo CFTs para o governo estadual pagar suas obrigações com a União e capitalizar o fundo de previdência estadual. O resgate destes títulos está previsto para ocorrer entre novembro de 1999 e dezembro de 2014. O Estado do Rio de Janeiro, deste modo, hipotecou boa parte de suas rendas futuras, o que contraria e impossibilita qualquer política de desenvolvimento voltada para a diversificação produtiva e a adaptação da economia estadual para o período seguinte ao esgotamento dos recursos petrolíferos.⁴⁶²

Uma das alterações sugeridas pela doutrina para tentar restringir o uso dessas receitas e limitar os efeitos do caixa único e vasos comunicantes é alterar a classificação legal dessa receita para fins contábeis, tornando-a não uma receita corrente, mas sim uma

⁴⁶⁰ SILVA, Lucas Emanuel da; SANTANA, José Ricardo de; FARIAS, Tácito Augusto. Impacto das rendas petrolíferas sobre os municípios: uma análise das finanças públicas e desenvolvimento em Sergipe. *Revista de Desenvolvimento Econômico*: RDE, Salvador, BA, v. 16, n. 29, p. 88-89, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/download/2946/2336>>. Acesso em: 25 abr. 2018. No Rio Grande do Norte foi constatado que “infimos 2% (dois por cento) do total amealhado de royalties de petróleo é utilizado em tal grupo de despesa” (ALVES, Victor Rafael Fernandes, *Royalties petrolíferos: regulação e sustentabilidade*, cit., p. 229).

⁴⁶¹ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da, *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*, cit., p. 348-349. O autor destaca na sequência que embora essa alienação de créditos futuros não seja mais possível, persiste a possibilidade utilizar esses valores para quitar dívidas com a União, como já ressaltado acima.

⁴⁶² BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 339.

receita de capital. Mais especificamente, Andressa Torquato Fernandes expõe que os *royalties* são classificados como *receita corrente patrimonial* e afirma que deveriam ser vistos como *receita de capital, fruto da alienação de um bem público*, de forma que impediria o uso de *royalties* “no custeio da máquina, e obrigaria sua aplicação em despesas de capital, isto é, na realização de investimentos, inversões financeiras e transferência de capital”⁴⁶³. Assim, essa reclassificação “resolveria boa parte dos problemas de aplicação das rendas petrolíferas no Brasil, sem que para isso fosse necessária uma mudança legislativa”⁴⁶⁴, vez que tornaria mais rígido o dispêndio e focá-lo-ia em gastos que significariam acréscimo no patrimônio estatal.^{465.466}

Existem, portanto, saídas propostas, embora nada tenha sido implantado na prática para restringir o uso desses recursos.

4.2.2 Estados Unidos

O estudo das restrições legais de uso de receitas de *royalties* pelos governos é um dos temas que mais apresenta desafios, dada a dificuldade em localizar regras jurídicas ou orientações governamentais acerca da forma como esses recursos poderão ser aplicados, no que diz respeito ao financiamento das atividades dos Estados.

Uma das poucas manifestações encontradas destaca apenas que a alta arrecadação de receitas minerais resulta em maiores gastos *per capita*, sendo destacado que gastos no “Alasca e Wyoming (ambos sendo Estados pequenos com nível elevado *per capita* de arrecadação de receitas petrolíferas) eram 95% e 47%, respectivamente, mais altos que a média nacional”⁴⁶⁷. Isso, porém, pode ser resultado da política fiscal de cada Estado, e há

⁴⁶³ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Uma análise acerca da classificação das receitas petrolíferas na lei orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.) *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 449.

⁴⁶⁴ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 200.

⁴⁶⁵ Sobre o uso de receitas de capital, prescreve a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101): “Art. 44. É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.”

⁴⁶⁶ A utilidade e possibilidade dessa reclassificação também é contestada. Nesse sentido, vide: RUBINSTEIN, Flávio, *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*, cit., p. 229.

⁴⁶⁷ MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald, United States, in *Oil & gas in federal systems*, cit., p. 328.

exemplos de outros Estados cujos gastos estão um pouco acima ou abaixo da média nacional.

Não há, portanto, dados mais claros sobre as regras de gastos impostas nos Estados para limitar a liberdades dos governantes na disposição dessas receitas.

No que concerne aos *royalties* da exploração petrolífera *offshore*, o Gulf of Mexico Energy Security Act (GOMESA) tem uma seção denominada de “usos autorizados das receitas”, determinando que os valores recebidos pelos quatro Estados da Região deverão ser utilizados para uma ou mais das seguintes finalidades: i) projetos e atividades visando à proteção, conservação e restauração da área costeira, proteção contra furacões e infraestrutura referente à perda de área de pantanal; ii) mitigação de danos à fauna, flora, ou recursos naturais; iii) implantação de planos de conservação; iv) mitigação dos impactos de atividades na área costeira pelo financiamento de projetos de infraestrutura *onshore*; e v) gastos administrativos para a observância dessas diretivas. Nesse último caso, não poderão ser gastos mais de 3% dos valores recebidos.

No Estado do Alasca, por exemplo, constata-se que em 2012, 56% do orçamento total do Estado foi oriundo de receitas petrolíferas e 90% dos gastos foram discricionários⁴⁶⁸. Isto é, essas receitas permitiriam gastos amplos, inclusive pelo fato de que muitas das outras competências tributárias sequer são exercidas no país.

A partir da não localização de regras referentes à limitação do uso dos *royalties* federais pela União, infere-se que o legislador americano permitiu aos governantes um uso amplo e irrestrito dessas receitas, não havendo, até onde se constatou, limitações de gastos em questões como dívida pública ou quadro funcional, nem outras regras como as constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal, tal como no Brasil. Dada a estrutura do sistema jurídico americano e a existência de recursos minerais estaduais, é possível que alguns entes subnacionais tenham regras específicas para gasto, mas ora se focaram *royalties* federais.

⁴⁶⁸ Disponível em: <<http://www.alaskabudget.com/revenue/>>. Acesso em: 30 de mar. 2018.

4.3 A política de fundos

Um dos instrumentos de gestão fiscal dos *royalties* adotado por ambos os países é a utilização de fundos, os quais, dentre os diversos papéis que poderão ter a partir do seu desenho legal, transformam essa renda de bens esgotáveis em recursos perenes, patrimônio finito em renda elástica. Esses fundos, em tese, estariam sujeitos a regras mais específicas de uso da receita, de acordo com os objetivos previstos nas normas criadoras dos fundos, o que retira tais valores do caixa único orçamentário. Esse fato é importante, pois a entrada de receitas no caixa único possibilita, a rigor, o seu uso irrestrito, respeitadas as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, em gastos que não seriam necessariamente adequados para o país.

Ou seja, dentre diversas outras diretrizes de boa gestão fiscal (*e.g.* uso em gastos de capital ou educação), os fundos poderiam servir ao objetivo intergeracional, garantindo efeitos positivos para as gerações futuras.

Naturalmente, cada país, dada a sua formação, apresenta diferenças na concepção e papel desses fundos, havendo aqueles referentes à redistribuição de renda entre cidadãos e outros visando a financiar projetos de conservação ou voltados para gastos sociais.

O uso de fundos soberanos foi ampliado na seara das rendas de recursos naturais não renováveis a partir da “alta dos preços das *commodities* no mercado internacional”⁴⁶⁹, sendo “a medida de maior sucesso, e por isso difundida em todo o mundo como forma de combater os efeitos nocivos da maldição do petróleo”⁴⁷⁰, restringindo os possíveis efeitos deletérios da exploração de recursos minerais e o uso inadequado das receitas. Embora não seja o objeto central deste trabalho, cabe ao menos pontuar algumas questões sobre o uso dos fundos.

Não será feita uma análise profunda das classificações dos fundos, principalmente da ótica dos fundos soberanos e quais as características que cada fundo deve reunir para que seja qualificado como tal. Assim, adota-se uma definição abrangente, que poderá

⁴⁶⁹ SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 42.

⁴⁷⁰ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 195.

abarcam os instrumentos utilizados por ambos os países, entendendo-se os fundos como “um conjunto de recursos utilizados como instrumento de distribuição de riqueza, cujas fontes de receita lhe são destinadas para uma finalidade determinada ou para serem distribuídas segundo critérios preestabelecidos”.⁴⁷¹

Essa definição, embora abrangente, foi desenhada para se referir aos fundos de participação do Brasil, não incorporando alguns dos elementos essenciais dos fundos petrolíferos e minerários. Todos os inúmeros fundos soberanos existentes naturalmente possuem especificidades, a partir do ordenamento jurídico em que foram criados. A definição⁴⁷² mais bem aceita e difundida é a elaborada pelo International Working Group of Sovereign Wealth Funds (IWG), que os conceituam como fundos de investimentos criados com finalidade especial pelo governo nacional com propósito macroeconômico, cujo papel é administrar ativos financeiros visando a objetivos e políticas definidos pelo Estado, cujas estratégias de desenvolvimento incluem investimentos externos.

O foco aqui dado é o uso de fundos para gerir receitas de *royalties* ou fundos que recebem parcela das receitas de *royalties* oriundos da exploração de recursos minerais e petrolíferos, isto é, o redirecionamento de receitas para fora da tesouraria dos entes federativos e direcionada a um instrumento instituído para fins específicos. O gerenciamento desses fundos, por sua vez, pode ser feito direta ou indiretamente pelo governo, a depender da forma como são estruturados, embora isso não seja abordado diretamente.

4.3.1 Brasil

No Brasil, existe um fundo principal, além daqueles de participação e equalização indicados acima (FPE e FPM), cuja natureza é de destinação, voltado principalmente para questões intergeracionais e a exploração de recursos naturais e petrolíferos.

Trata-se do Fundo Social (FS), instituído em 2010, a partir das alterações promovidas no marco regulatório do petróleo. O FS foi definido como “de natureza

⁴⁷¹ CONTI, José Maurício, *Federalismo fiscal e fundos de participação*, cit., p. 76.

⁴⁷² Para maiores detalhes sobre as definições desses instrumentos, vide: SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 41-49.

contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento”, de educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e mitigação e adaptação de mudanças climáticas.⁴⁷³

Conforme dispõe a legislação, esse fundo tem como objetivo constituir poupança pública de longo prazo, ser fonte de recursos, conforme disposto acima, e mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, a partir de variações do preço do petróleo e de outros recursos naturais não renováveis, nos termos do artigo 48 da Lei n. 12.351/2010.

Não resta dúvida de que essa medida tinha o potencial de ser a “medida de maior sucesso”⁴⁷⁴ para mitigar os possíveis efeitos deletérios da exploração dos recursos petrolíferos. Não obstante, o FS jamais foi regulamentado e, na prática, ele não foi implantado. Para evitar os feitos negativos, seria necessário atribuir a esse fundo a gestão da maior parte dessas receitas, dando-lhe a possibilidade de mitigar potenciais gastos não condizentes com a intergeracionalidade, pois “o fato de essas receitas não serem postas diretamente em circulação no mercado dificulta que o seu ingresso promova a supervalorização da moeda local, que leva ao fomento das importações, e [...] o enfraquecimento da indústria local [...] evita a ocorrência da doença holandesa”.⁴⁷⁵

Desde a sua criação, a legislação se preocupou em lhe atribuir recursos diretos para a formação de poupança, a qual, em tese, não seria gasta de forma irrestrita e imediata, havendo apenas o “uso de percentual de recursos do principal para a aplicação das finalidades previstas no art. 47, na etapa inicial de formação de poupança do fundo” (art. 51). Assim, foram direcionados ao fundo parcelas dos bônus de assinatura oriundos de contratos de partilha, de *royalties* e da participação especial, dentre outros.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Artigo 47 da Lei n. 12.351/2010.

⁴⁷⁴ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 195.

⁴⁷⁵ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato, *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*, cit., p. 197.

⁴⁷⁶ Artigo 49 da Lei n. 12.351/2010.

Contudo, e antes mesmo da formação da poupança, foi editada a Lei n. 12.858/2013, autorizando o uso de 50% dos recursos do FS para gastos com educação básica e saúde pública. Ou seja, antes sequer da sua efetiva constituição e estabilização, os recursos do FS já foram esvaziados, descaracterizando o instrumento. Não se discute o potencial intergeracional de gastos com saúde e educação, que também possuem efeitos intergeracionais significativos, mas sim a descaracterização do uso do fundo como instrumento. Nesse sentido, Isabela Morbach destaca:

Em certa medida, questiona-se porque não tentar diminuir as carências estruturais e sociais do país hoje, ao invés de poupar recursos. Qual o *trade-off* entre destinar os recursos para o gasto em desenvolvimento da educação e, ao mesmo tempo, constituir poupança pública?⁴⁷⁷

Para além das finalidades explicitamente previstas para uso das receitas do FS, a legislação instituiu política de investimentos, tendo por objetivo a rentabilidade, segurança e liquidez, e criou um Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social (CGFFS) para definir as políticas de investimento, contando com participação dos ministros da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do presidente do Banco Central do Brasil.

Ao menos no papel, entende-se que a utilização adequada, vinculada aos objetivos do Fundo, pode “criar uma alternativa de financiamento que supere algumas das grandes barreiras estruturais da história do desenvolvimento brasileiro”⁴⁷⁸. Cabe verificar, na prática, se o Fundo cumprirá esse papel ou se será esvaziado, na prática, por políticas de curto prazo.

4.3.2 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, por sua vez, o principal fundo é de natureza estadual, oriundo do Alasca, denominado de *Alaska Permanent Fund*, cujos objetivos, porém, são bastante diversos. Os debates sobre a instituição desse fundo surgiram em 1976, a partir de proposta de emenda constitucional (estadual) para a criação de um fundo soberano voltado para investimentos, que receberia parcela dos *royalties*, dentre outras receitas, da exploração de

⁴⁷⁷ SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 154.

⁴⁷⁸ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 350.

recursos petrolíferos⁴⁷⁹, valendo destacar que em 1969 foi feito o “primeiro leilão de direitos de perfuração em terras públicas”, operação que levantou valor de “oito vezes o orçamento do Estado no anterior”.⁴⁸⁰

Essa proposta de emenda, submetida a voto por plebiscito, foi aprovada pela população do Estado; na cédula constava o seguinte:

Será estabelecido um fundo constitucional permanente no qual será depositado ao menos 25% de todos os valores de arrendamento mineral, *royalties*, valores da venda de *royalties*, valores referentes à partilha de receitas federais minerais e bônus recebidos pelo Estado. O principal do fundo será usado apenas para investimentos de reprodução de renda autorizados por lei. O lucro do fundo será depositado no Tesouro Geral do Estado e estará disponível para apropriação pelo Estado, a não ser que uma lei disponha ao contrário.⁴⁸¹

Ou seja, criou-se um fundo constitucional visando justamente a benefícios intergeracionais, a partir de investimentos produtivos, o que poderia significar investimentos voltados para a melhora da economia, limitando o uso das receitas auferidas.

O fundo é dividido em duas partes, principal (*principal*) e lucros (*earnings reserve account*), não sendo permitido o gasto da primeira parte.

Conforme a proposta aprovada, foi proibido o uso do principal do fundo (leia-se os valores nele depositados) para questões não ligadas a *income-producing investments*; dessa forma, apenas o lucro (rendimento financeiro) do fundo seria destinado ao tesouro geral do Estado. Em 1980 foi instituído o primeiro modelo do fundo permanente, cujos “investimentos só seriam realizados dentro do próprio Alasca se o nível de risco e retorno

⁴⁷⁹ No original: “It would establish a constitutional permanent fund into which at least 25 percent of all mineral lease rentals, royalties, royalty sale proceeds, federal mineral revenue sharing payment and bonuses received by the state would be paid. The principal of the fund would be used only for income-producing investments permitted by law. The income from the fund would be deposited in the State's General Fund and be available for appropriation for the State unless law provided otherwise.” (Disponível em: <[https://ballotpedia.org/Alaska_Permanent_Fund_Amendment,_Proposition_2_\(1976\)](https://ballotpedia.org/Alaska_Permanent_Fund_Amendment,_Proposition_2_(1976))>. Acesso em: 30 de mar. 2018 – nossa tradução).

⁴⁸⁰ SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 118.

⁴⁸¹ No original: “It would establish a constitutional permanent fund into which at least 25 percent of all mineral lease rentals, royalties, royalty sale proceeds, federal mineral revenue sharing payment and bonuses received by the state would be paid. The principal of the fund would be used only for income-producing investments permitted by law. The income from the fund would be deposited in the State's General Fund and be available for appropriation for the State unless law provided otherwise.”

fosse similar a outras oportunidades de investimento, mas os rendimentos do fundo estariam disponíveis para uso do Poder Legislativo”.⁴⁸²

Os valores principais do fundo são investidos e geridos pela *Alaska Permanent Fund Corporation* (APFC)⁴⁸³, que se autodefine como uma entidade estatal quase independente, composta de um *Board of Trustees* com seis membros, quatro dos quais são escolhidos pelo governador, com experiência em finanças, investimentos e administração. Os outros dois são o conselheiro de recursos e um membro do gabinete do governador. Todos os membros possuem mandato fixo. Destaca-se que essas atividades estão sujeitas a controle pelo *Budget and Audit Committee*.⁴⁸⁴

Consoante os dados extraídos do *An Alaskan’s Guide to the Permanent Fund*, os investimentos a serem realizados são escolhidos de forma a haver redução de risco e visa a “produzir um retorno real médio de 5% ao ano no longo prazo”⁴⁸⁵, sendo alocado de forma diversificada entre diversos tipos de investimento.

Apesar da política de investimento prevista, as receitas auferidas servem principalmente como “um mecanismo de distribuição da renda petrolífera entre todos os habitantes do Estado, por meio do envio anual de rendimento (um cheque) para cada pessoa que vive no Alasca”⁴⁸⁶. Ou seja, esses gastos não são direcionados a investimentos que terão efeitos no futuro, sendo uma “saída equivocada para países em que os investimentos públicos são mais necessários para combater a pobreza do que o gasto privado”⁴⁸⁷. Reconhece-se que se trata de fundo de ente subnacional, que não lida com desafios amplos de política econômica e questões como a doença holandesa. De qualquer forma, esses gastos poderiam ser melhor direcionados do que meros pagamentos em espécie.

⁴⁸² SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 121.

⁴⁸³ Disponível em: <<https://apfc.org/who-we-are/>>. Acesso em: 30 de mar. 2018.

⁴⁸⁴ *An Alaskan’s guide to the Permanent Fund*. Disponível em: <<https://3zi9ys20feru1cmlnv3u4tep-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/11/APFC-An-Alaskans-Guide-to-the-Permanent-Fund.pdf>>. Acesso em: 30 de mar. 2018.

⁴⁸⁵ SILVA, Isabela Morbach Machado e, *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, cit., p. 126.

⁴⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 348.

⁴⁸⁷ BERCOVICI, Gilberto, *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*, cit., p. 349.

Em resumo, o fundo permanente do Alasca não possui qualquer critério de intergeracionalidade, ante o uso das receitas do investimento do principal para pagamentos aos cidadãos.⁴⁸⁸

O segundo fundo previsto nos Estados Unidos, e cujos objetivos se aproximam, de certa forma, ao critério intergeracional, na forma de investimentos em obras infraestruturais, é o *Reclamation Fund*, criado em 1902 para financiar projetos de irrigação em regiões áridas ou semiáridas do Oeste americano. Dentre outras receitas, são destinados ao fundo 40% dos *royalties* de receitas minerais do arrendamento da exploração petrolífera *onshore* em terras públicas. Entre 1990 e 2011, os *royalties* constituíram, em média, 87% das receitas do fundo.⁴⁸⁹

O último fundo americano localizado que recebe *royalties* é denominado de *Land and Water Conservation Fund*, que visa a preservar parques e florestas nacionais, além de sítios históricos, dentre outros pontos correlatos. Ou seja, o fundo é utilizado nitidamente para fins de preservação ambiental. Essa finalidade, embora não tenha a roupagem intergeracional *stricto sensu* na forma que estamos avaliando, de tornar receitas de recursos finitos em receita elástica, possui essa característica *lato sensu*, dada a preservação de recursos ambientais para usufruto de gerações posteriores.

Esse fundo foi criado em 1964 e recebe parcela dos *royalties* oriundos da exploração petrolífera *offshore*, equivalente a aproximadamente US\$ 900.000.000,00⁴⁹⁰ por ano, valor administrado pelo National Park Service. Não obstante, e consoante as informações constantes no sítio eletrônico do fundo, mais de vinte bilhões de dolares têm sido apropriados e direcionados para outras finalidades.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ Existe ao menos um outro Estado que criou um fundo para gerir essas receitas. Trata-se do *Permanent Wyoming Mineral Trust Fund* (PWMTF). Disponível em: <<http://www.wyotax.org/PMTF.aspx>>. Acesso em: 13 maio 2018.

⁴⁸⁹ *The Reclamation Fund: a primer*. Congressional Research Service. April 18 2013. Disponível em: <https://www.everycrsreport.com/files/20130418_R41844_7649c948e45cea465520f55fd7fc5a8e6679dd1b.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

⁴⁹⁰ Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/58a60299ff7c508c3c05f2e1/t/599c964ae45a7cf9ab86dca6/1503434315509/General+factsheet+8.21.17.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁴⁹¹ Outro fundo que tem características semelhantes é o *Historic Preservation Fund*, que visa a proteger sítios históricos em todo o país, recebendo parcela de *royalties* (Disponível em: <<http://ncshpo.org/issues/historic-preservation-fund/>>. Acesso em: 10 maio 2018).

O que se percebe é que, apesar das diferenças dos regimes, os desafios são os mesmos, pois apesar da instituição de mecanismos de gestão fiscal dos *royalties* que implicam limitação da liberdade dos governantes, estes [mecanismos] são esvaziados, com a alocação de recursos para outras finalidades.

4.4 Desafios e o despreparo intergeracional

A conclusão deste item é simples: ambos os países são deficitários ao analisar os ordenamentos jurídicos sob a ótica da necessária observância de questões intergeracionais na gestão do uso dos *royalties*. O que se constata é um despreparo generalizado para quando essas receitas deixarem de ser arrecadadas.

Como se destacou nos capítulos anteriores, pela própria natureza da esgotabilidade dos recursos minerais e petrolíferos, os *royalties* arrecadados devem ser vistos como fontes de receita extraordinária, devendo os Estados atuar para desenvolver mais amplamente suas fontes de arrecadação correntes, tal como os tributos. O que se observa na prática é justamente o oposto. Estados brasileiros deixam de arrecadar IPTU ou ISS para evitar atritos políticos com sua base eleitoral, e ao menos um Estado americano (Alasca) deixa de cobrar imposto de renda, ante os valores arrecadados.

Além da depredação das fontes de receita usuais, não se vislumbra um direcionamento do seu uso para gastos que serviriam para transformar o setor produtivo ou que teriam efeitos positivos mais amplos e potencializadores para o mercado, tal como o investimento em infraestrutura, que implicaria também absorção de mão de obra. Muito pelo contrário.

No Brasil, apesar de existirem algumas regras de limitação de uso no pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal, a própria lei apresenta exceções que, na prática, esvaziam os comandos legais, tal como a possibilidade de alocar verbas para o pagamento de dívida interna com a União e o uso para a capitalização de fundos de previdência. Igualmente, a própria estrutura do orçamento brasileiro permite o uso das receitas em questões que seriam, em tese, proibidas.

Nos Estados Unidos, a questão aparenta ser pior, não havendo, ou ao menos não foram localizadas, diretrizes gerais sobre o uso dessas receitas. Ou seja, não há restrições para o governo federal no uso dos valores arrecadados de *royalties*. Essa observação também se verifica no nível estadual, pois alguns dos Estados analisados apresentaram quadro jurídico também deficiente em melhor gerir essa receita. Um dos poucos casos que apresenta limitação é a exploração *offshore* no Golfo do México, havendo obrigação legal de as receitas recebidas serem investidas em questões específicas.

A política de fundos também não apresenta cenário positivo. No Brasil, o fundo criado para gerir receitas petrolíferas ainda não foi regulamentado e as receitas foram posteriormente esvaziadas, a partir da permissão de seu uso em gastos de educação e saúde. Os fundos americanos também sofreram destino semelhante, pois ao menos um dos fundos federais teve suas receitas desviadas e utilizadas para outra finalidade. Igualmente, o fundo permanente do Alasca não apresenta um diagnóstico melhor, ante o fato de que o lucro dos investimentos do fundo é distribuído diretamente aos cidadãos, ao invés de ser gasto em melhora do Estado.

Não há interesse dos governantes em manter regras fixas para limitação do uso da mais importante fonte de receita não tributária.

CONCLUSÃO

O objetivo desta dissertação foi comparar países que seriam, pela percepção do público, incomparáveis. Os objetos de análise, alguns diriam, seriam muito destoantes para permitir qualquer tipo de exame efetivo, pois a atuação do Estado em um deles seria muito diferente da do outro, um estaria focado, talvez até excessivamente, no desenvolvimento do setor primário da exploração de recursos minerais, e o outro teria papel geopolítico relevante no mundo em relação a esses recursos naturais, e isso sem sequer entrar no mérito da família jurídica de cada país.

Entende-se que este trabalho conseguiu avançar um pouco no sentido de quebrar essa crença mal posta. Existem mais pontos de contato e de semelhança do que a maioria das pessoas tem consciência ou do que gostariam de acreditar, pois assim se pode manter, inclusive, uma visão não contestada sobre falsas verdades. Igualmente, muitos ficarão surpresos em saber que nosso ordenamento jurídico não é pior do que o seu objeto de comparação, e ambos possuem falhas e enfrentam desafios próprios.

Antes de apresentar as conclusões gerais, vale recapitular alguns pontos dos capítulos acima.

O primeiro capítulo visou a afastar a crença mantida por muitos que o Estado norte-americano partiu de um livre mercado ou livre cambismo extremo, apresentando uma trajetória histórica sobre as medidas de atuação da esfera pública para incentivar o desenvolvimento, aproximando-o do caso brasileiro. Observou-se que ambos os países, no afã de se desenvolver, lançaram mão de políticas hoje vistas como ortodoxas e inadequadas. O motivo para tanto é ressaltar como ambos os Estados estão atentos a questões que lhe são estratégicas economicamente, passando então à relação que ambos tiveram com seus recursos minerais e petrolíferos, desde as suas origens coloniais.

Os Estados Unidos são um caso deveras peculiar, em razão da possibilidade de ampla apropriação privada de recursos minerais *hardrock*. Essa mera constatação traz à tona o fato de que a lei é amplamente criticada, embora se tenha dificuldades extremas em alterar um regime tão longo (nem sequer para instituir *royalties*). Consciente das

dificuldades que enfrentou na regulação dos recursos minerais (*stricto sensu*), diversos outros recursos naturais foram sendo posterior e paulatinamente destacados desse regime geral. Com a adoção do regime de acessão (*Mineral Leasing Act*) foi possível garantir algum nível de controle, bem como ordenar a exploração. O regime americano é diametralmente oposto ao brasileiro, no qual, embora tenha vigorado por breve período um regime de apropriação privada, a regra foi quase sempre de propriedade pública, com exploração por empresa pública monopolista (no caso do petróleo) e/ou depois por agentes privados por meio de autorização.

Curiosamente, e como destacado acima, a regulação da propriedade e do acesso seguiu uma ordem lógica: primeiro houve a valorização do recurso e a amplificação da atividade, para depois existir o interesse estatal em regulá-la. São exemplos os minerais nobres, como ouro e prata, que sempre tiveram algum tipo de controle, dado o seu valor para as Coroas. Ou seja, desde a descoberta do Brasil e dos Estados Unidos, havia regulação da disposição desses bens. A petrolífera viria bastante tempo depois (nos Estados Unidos primeiro e depois no Brasil), tendo despertado interesse a partir da mudança dos padrões de combustível e o amplo uso de hidrocarbonetos na Primeira Guerra Mundial. Houve consciência de que os regimes jurídicos então vigentes não eram adequados para tratar de um recurso tão estratégico.

No segundo capítulo levantaram-se os desafios enfrentados por esses países para garantir a arrecadação de valores justos, ao abrirem mão de patrimônio não renovável, considerando que as receitas oriundas da exploração de recursos minerais e petrolíferos são a principal fonte de arrecadação não tributária. No caso brasileiro, a cobrança de *royalties* é característica intrínseca da exploração minerária e petrolífera, cujos valores são impostos por legislação federal, não havendo previsão legal de o Estado abrir mão dessa receita. A questão interna na mineração sempre tratada com ajustes finos na base de cálculo, no momento da incidência, dentre outras formas de aumentar os valores a serem cobrados, tanto que a modernização do marco regulatório da mineração foi, na realidade, um projeto fiscalista visando a aumentar a arrecadação.

Apesar das críticas difundidas da apropriação quase gratuita de terras públicas pelo *General Mining Act*, sem qualquer contraprestação de *royalties*, verificou-se que apesar de diversas tentativas de mudança legislativa, não houve sucesso. Ou seja, desde a sua

concepção, terras minerais estão sendo amplamente apropriadas e muitas vezes sequer para fins dessa atividade, e nada consegue ser feito para tentar reverter essa situação. No setor petrolífero, por sua vez, os americanos conseguiram evitar os contratempos e desafios enfrentados na mineração, reservando para si a propriedade do recurso, mas permitindo a exploração com o pagamento de uma contraprestação.

Uma das questões mais curiosas que se constatou foi a existência e utilização de regimes de partilha de produção nos Estados Unidos, sendo que, quando da discussão da implantação do novo regime para a exploração petrolífera das camadas do pré-sal e a proposta da partilha de produção, diversos críticos insurgiram contra o novo modelo. Argumentaram esses críticos que esse modelo traria insegurança jurídica, ante o bom funcionamento do regime de concessão, além de se tratar de uma invenção de países periféricos, que não poderia ser levada a sério. Embora o regime de partilha tenha sido descontinuado na esfera federal, ele continua sendo utilizado por alguns Estados, permitindo o recebimento de *royalties* como petróleo.

No terceiro capítulo, apresentaram-se noções gerais de federalismo, federalismo ambiental fiscal e patrimonial, isto é, como se relacionam os entes administrativos internos de ambos os Estados a partir da partilha de competências e fontes de receitas para cumprir com suas funções. Iniciou-se com um apanhado histórico sobre o desenvolvimento do federalismo americano, o qual teria servido de modelo para os demais países, embora essa afirmação também seja alvo de discordância.

Para além das diferenças apresentadas sobre a maior autonomia dos Estados e entes subnacionais, ao contrário do que ocorre na prática no Brasil, é relevante destacar a tendência centralizadora de poderes. Isso não decorre de um processo formal para aumentar o escopo de competência da esfera federal, mas da prática, dada a extensão dos problemas que estão se apresentando na atualidade, muitos dos quais requererem uma atuação centralizadora, nem que seja para fins de eficiência produtiva e alocativa. A partir desse movimento centrípeto, surgem desafios também de monta ambiental, no que foi denominado de federalismo ambiental.

Constatou-se que os países enfrentam problemas em coordenar e harmonizar interesses nacionais e locais, mais especificamente atividades de ampla utilidade nacional,

cujos impactos são restritos a localidades específicas. Ao contrário de uma mera imposição das esferas federais, sem levar em consideração os interesses locais, o que se percebe é que essas comunidades estão se organizando para garantir que seus interesses sejam ouvidos. No caso, isso pode resultar tanto numa maior discussão ambiental de licenciamento, quanto no efetivo bloqueio da atividade. É necessário levar em consideração os interesses das comunidades afetadas, é fato, mas destaca-se também que bloqueios locais, ao menos nos Estados Unidos, dificultam uma política de infraestrutura coordenada nacionalmente.

O último ponto discutido nesse capítulo se refere à partilha das receitas de *royalties*, havendo tendência de concentrá-las nos Estados e Municípios onde ocorre a exploração. No Brasil, constata-se uma transição dessa concentração para um regime de distribuição mais ampla, o que é nítido no setor de exploração petrolífera, notadamente a partir do regime de partilha; na mineração, por sua vez, ainda há clara concentração nos locais onde o minério se encontra. Nos Estados Unidos, a distribuição é mais restrita ainda, pois no petróleo (lembrando que não há *royalties* federais minerais), as receitas são concentradas de forma dúplice, primeiro pela distribuição direta, e segundo pela distribuição para fundos que financiam projetos hídricos onde esses recursos se encontram, e somente uma pequena parcela é alocada ao Tesouro Nacional para uso irrestrito.

No quarto e último capítulo, veio à tona o despreparo de ambos os países para lidar com as consequências intergeracionais da exploração de recursos naturais não renováveis. Embora haja projetos cuja intenção seria prolongar os benefícios das receitas arrecadadas ao longo do tempo, seja pela economia, seja pelos gastos, isso não se traduziu de forma eficaz em posturas adequadas dos governos. Ou seja, embora existam fundos intergeracionais, eles não foram instituídos efetivamente ou os recursos foram esvaziados, como no caso brasileiro, ou, ainda os fundos que existem não estão sendo utilizados da melhor forma, vez que há transferência financeira direta aos cidadãos, como no Alasca. As regras jurídicas também não são suficientes.

Embora possa haver alguma diferença em relação aos instrumentos ou desenhos econômicos utilizados, é possível apontar, em relação ao objeto do trabalho, lógicas e formas de atuação comuns para organizar a exploração de recursos naturais não renováveis e alcançar o desenvolvimento, tais como necessidade de desenvolver uma infraestrutura interna, garantir a soberania energética e o abastecimento do mercado interno, preocupação

com a soberania externa, participação do governo nessa atividade (em ambos os casos houve interesse de exploração estatal de petróleo) e a preocupação em garantir o mínimo de bem-estar aos cidadãos, na oferta de saúde e educação pública, por exemplo. Em ambos os países, embora em graus distintos, houve a compreensão de que o mercado e o desenvolvimento não são fenômenos estanques e que se manifestam em um vácuo, no qual apenas o setor privado seria protagonista: há forte correlação entre desenvolvimento e Estado.

Cabe, agora, concluir e apresentar as impressões finais, após a pesquisa realizada. Não se pretende fazer comentários de cunho subjetivo sobre qual ordenamento seria melhor ou pior, pois isso também dependeria de uma análise dos objetivos pretendidos pelo ordenamento desenhado e se eles cumprem essa função. A rigor, a criatividade normativa possibilitaria equiparar os efeitos, na prática, de dois ordenamentos distintos.

De qualquer forma, far-se-á uma avaliação com base em três eixos, cotejando-os com o que foi desenvolvido nos capítulos anteriores: (i) cobrança de valor justo pela exploração dos recursos não renováveis; (ii) distribuição ampla das receitas oriundas da exploração dos recursos minerais; (iii) uso adequado das receitas, para garantir observância de critérios intergeracionais.

Em relação ao primeiro ponto (“i”), chegou-se à conclusão, já antecipada na introdução, que o ordenamento jurídico brasileiro não é inferior ao americano, especialmente no que tange à gestão das receitas oriundas da exploração dos recursos minerais e petrolíferos. Apesar das críticas que possam ser feitas aos termos da legislação e a necessidade de seu aprimoramento, o Estado brasileiro se propõe a arrecadar algum valor pela exploração de seu patrimônio. Ou seja, um Estado que gera um patrimônio em prol de toda a nação, tenta garantir um retorno adequado à sociedade.

Esse retorno, de alguma forma implica um tipo de controle público da atividade, principalmente a partir de questões de propriedade e regulação do acesso. Caso a esfera pública possibilite uma exploração descontrolada, difícil seria garantir o retorno adequado à sociedade. Assim, a garantia do retorno se deu principalmente pelo fato de que os recursos minerais são propriedade pública que, caso seja explorada por agente privado, deve apresentar contraprestação por esse uso.

Os Estados Unidos apresentam falhas no cumprimento do imperativo de garantir à sociedade um retorno adequado dos seus recursos. As falhas (referentes à mineração) são resultado da formação histórica do país e dos critérios e políticas de ocupação privada de território, garantindo à esfera privada propriedade ampla e irrestrita, inclusive dos recursos naturais. Em outras palavras, pecou-se, na medida que se abriu mão não só de recursos minerais sem contraprestação, mas também pela apropriação de terras públicas por valores ínfimos, tudo isso permitido pela legislação.

Quanto a esse ponto específico, é difícil não apresentar críticas ao Estado norte-americano, pois apesar da origem histórica de legislação tão longeva, não é adequado que isso se mantenha até hoje, quase 150 anos após a aprovação do *General Mining Act*. Essa paralisia legislativa não se deu, pelo que consta, de mera displicência, pois houve tentativas de alterar a legislação. Contudo nenhuma medida conseguiu avançar. As falhas foram corrigidas a partir da exploração petrolífera, momento em que se destacou a exploração desse recurso do regime geral, alocando-o a lei específica, com previsão expressa de cobrança de *royalties*.

Ante as falhas legislativas americanas e a não garantia de retorno à sociedade pela exploração dos recursos minerais do país (além da apropriação de terras públicas), a única afirmação possível é que o seu ordenamento jurídico é deficiente. No caso brasileiro, apesar dos problemas da legislação, há expressa previsão de cobrança ampla e irrestrita pela exploração dos seus recursos minerais (*lato sensu*).

O segundo eixo de análise eleito foi a distribuição das receitas arrecadadas pela exploração de recursos minerais. A importância dessa distribuição no País é garantir que não só os entes beneficiados pela sorte, ao terem recursos minerais no seu subsolo, sejam beneficiados. Isto é, se os recursos minerais pertencem a toda a sociedade, não seria adequada uma concentração excessiva em poucos agentes.

A análise dos Estados Unidos sob esse prisma é mais complicada, ao se considerar que existem recursos minerais e petrolíferos de propriedade federal e estadual, o que diferencia substancialmente as formas de distribuição, pois não se está tratando, a rigor, de um bem do país inteiro, gerido pela esfera nacional, mas sim de bem de ente subnacional, que é gerido em prol desse ente.

De todo modo, em ambos os países se constata uma concentração direcionada para os locais onde ocorre a exploração, seja na forma de transferências diretas ou no uso de fundos, cujos principais beneficiados seriam os países onde ocorre a exploração. Ou seja, embora os *royalties* não tenham sido instituídos para compensar um determinado ente por danos ou para mitigar impactos ambientais, infere-se que o atual desenho da distribuição privilegia esses fatores.

No Brasil, a distribuição de *royalties* minerários é concentrada nos entes onde ocorre a exploração ou aqueles que seriam afetados por ela. Em relação aos *royalties* petrolíferos, tanto *onshore* quanto *offshore*, há uma distribuição mais ampla, valendo-se o ordenamento jurídico de fundos diversos para auxiliar na distribuição difusa dos valores arrecadados e observando critérios de desigualdades regionais. Nos Estados Unidos, os *royalties* petrolíferos *onshore* também apresentam uma distribuição rígida e voltada para os locais onde ocorre a exploração, e outra parcela significativa para fundos que financiaram projetos na região macropolítica onde ocorre a exploração. Na exploração *offshore*, por sua vez, apesar da concentração também nos Estados costeiros, há casos em que metade dos valores arrecadados é atribuída à União, cuja extensão e escopo de gastos mais amplos possibilitariam o benefício de toda a sociedade.

Ambos os países, de acordo com suas especificidades, precisam adequar a distribuição das receitas de *royalties*, ampliando o rol de beneficiados e incluindo critérios de recebimento para outros que não tiveram a sorte de ter recursos minerais e petrolíferos em seu território. Naturalmente, essa é uma conclusão simplificada, que está ignorando todos os outros fatores possíveis, para focar na finalidade dos *royalties*, pois se eles servem para compensar o poder público pela exploração de um recurso seu, e se esse recurso pertence à sociedade, seria adequado ampliar as instâncias da sociedade que são beneficiadas.

O último eixo de análise eleito é o que concerne ao uso adequado das receitas. Esse uso adequado seria aquele que observasse questões de intergeracionalidade, privilegiando gastos que teriam efeitos benéficos também no futuro, ou investimentos cujos valores e efeitos positivos se prolongariam ao longo do tempo. Nesse eixo, embora o Brasil leve vantagem sobre os Estados Unidos, a partir dos instrumentos desenhados, na prática, o que se nota é um esvaziamento das tentativas de gestão fiscal intergeracional.

Ao menos no que tange aos aspectos formais, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta diversas limitações ao uso das receitas de *royalties*, sendo vedada a sua aplicação para pagamento de dívida e gastos com o quadro permanente de pessoal, visando, assim, a impedir que esses recursos sejam usados para finalidades que não necessariamente trariam benefícios perenes, isto é, que não fossem considerados como investimento desses valores. Não obstante, outros dispositivos legislativos já permitiram o uso para finalidades não necessariamente adequadas, que se elegeram neste trabalho como essenciais (tais como fundos de previdência).

O próprio mecanismo do Fundo Social, criado nas mudanças do marco regulatório do petróleo, não sobreviveu às tentativas de esvaziar os mecanismos de gestão fiscal e garantir aos governantes o uso amplo e irrestrito das receitas. Esse fundo teria sido criado para fins de poupança e com regras rígidas de gastos e aplicação, mas nunca foi efetivamente regulamentado, tendo seus recursos esvaziados posteriormente, para aplicação em saúde pública e educação básica. Entende-se que esses gastos são essenciais e possuem sim características intergeracionais. Não obstante, chama-se atenção para o total desprezo de regras de limitação de uso de recursos, que não seja o gasto imediato.

Nos Estados Unidos, ao contrário do Brasil, não foi possível encontrar regras amplas de limitações de gastos com essas receitas, havendo, ao contrário, a possibilidade de uso amplo e irrestrito. Uma das poucas limitações encontrada se refere à exploração de petróleo *offshore* no Golfo do México, cuja legislação determina que os valores recebidos pelos Estados costeiros da região observem finalidades específicas, tais como questões de conservação, projetos de infraestrutura etc. De resto, porém, presume-se que a liberdade de gasto é ampla.

A adoção de mecanismos de fundos nos Estados Unidos também é distinta, pois não se voltam para questões intergeracionais, tal como costumeiramente pensadas (*e.g.* gastos em questões de infraestrutura). No nível federal, foram localizados três fundos que recebem receitas de *royalties*, um voltado para projetos de irrigação em regiões áridas no Oeste, outro direcionado à preservação de parques e florestas nacionais, e um terceiro cuidando de sítios históricos. Apesar de conter características intergeracionais implícitas em algumas dessas finalidades, elas não tornariam necessariamente as receitas perenes. De

todo modo, ao menos para um fundo foram localizados dados de apropriação dos valores depositados e uso em outras questões.

Em nível estadual existe o fundo mais famoso, o *Alaskan Permanent Fund*, cuja criação se deu para preservar os valores arrecadados e investi-los em ativos voltados para questões produtivas, o que visa a garantir a perenidade dos recursos, sendo proibido o gasto do *principal*, podendo ser usados apenas os lucros. Na prática, os lucros do fundo são apropriados pelos governantes, que redistribuem todos os valores aos cidadãos, por meio de cheques. Naturalmente, esse gasto, embora útil, na visão dos cidadãos, não é adequado para a finalidade intergeracional que ora se discute, até pelo fato que esse Estado abriu mão de cobrar outras receitas, tal como imposto de renda dos seus residentes.⁴⁹²

Percebe-se, portanto, que ambos os países são deficientes no que tange ao uso dos *royalties*, o que permite o esvaziamento dessas receitas, cuja arrecadação tende a diminuir ao longo do tempo, dada a esgotabilidade da sua fonte de origem.

Antes de analisar se algum ordenamento jurídico trata a gestão dos seus recursos naturais e das receitas deles oriundas de forma adequada, propuseram-se alguns eixos de análise que podem ou não coincidir com as finalidades para os quais foram criados em seu país natal. A partir da análise dos eixos propostos, é possível apresentar conclusões sobre a atuação estatal e o seu desenho.

Iniciou-se esta conclusão com a constatação que o Brasil não seria retrógrado em comparação as Estados Unidos, observação que se mantém, pois, apesar das várias deficiências legislativas que existem, há pelo menos um esqueleto de normas que visa a aprimorar os regimes de exploração, arrecadação, distribuição e uso dos *royalties*. Isso nem sempre existe nos Estados. Muitas mudanças precisam ser instituídas, principalmente nos processos de aplicação das normas, para que o Brasil alcance um regime jurídico funcional e eficiente da gestão dos seus recursos naturais. De todo modo, o país tem ao menos uma noção do caminho que precisa ser trilhado.

⁴⁹² Disponível em: <<http://tax.alaska.gov/programs/programs/index.aspx?10001>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBEETTI, Sérgio Wulff. Rendas do petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 30, p. 231-269, dez. 2008. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10115>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFD FE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 13-34, set. 2012/fev. 2013.
- ALMEIDA, Fernando Menezes de. A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa brasileira. In: FREITAS, Rafael Verás de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 99-110.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. *Novo manual da ciência política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ALVES, Victor Rafael Fernandes. *Royalties petrolíferos: regulação e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ANGRISANI, Vera. Plano de recuperação das áreas degradadas (PRAD) pela atividade minerária. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo (Orgs.). *Direito mineral e direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 431-460.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Para que serve a CFEM? *Valor Econômico*, Legislação, São Paulo, Edição de 01 dez. 2015.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Organização do Estado: federalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 1, p. 137-150. (Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional, v. 3).
- ARAUJO, Cíntia Rejane Möller de; ARAUJO, Luiz Alberto David. Intervenção: as crises econômicas atuais, os cortes de orçamento, os grupos vulneráveis e o exercício democrático. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAUJO, Luiz Alberto David (Orgs.). *A constituição à prova da crise financeira internacional*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 347-354.
- ARBIX, Glauco. À espera da mão invisível. Outra vez? *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, edição especial, p. 29-40, jun. 2017. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/wp-content/uploads/2017/06/%C3%80-ESPERA-DA-M%C3%83O-INVIS%C3%8DVVEL.-OUTRA-VEZ-Glauco-Arbix.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ARBIX, Glauco; MARTIN, Scott. *Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: inclusionary state activism without statism*. March 12-13, 2010. Disponível em: <http://www.law.wisc.edu/gls/documents/paper_arbix.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Novos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal: inconstitucionalidade persistente? *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 109-115, mar./ago. 2014.

ATHIAS, Daniel Tobias. Institutional *by-pass*: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 253-268, mar./ago. 2013.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A ordem econômica e a Constituição de 1988*. Belém: Cejup, 1997.

BACKMAN, Kimberly A. North Dakota. In: STRONG, Christopher B. (Ed.). *The oil & gas law review*. 4th ed. London: Law Business Research, 2016. Cap. 20, p. 219-229.

BAKKEN, Gordon Morris. *The mining law of 1872: past, politics and prospects*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 2008.

BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. Pré-Sal: desafios e uma proposta de regulação. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 149-207.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Organização do Estado: federalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 1, p. 121-136. (Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional, v. 3).

BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama da legislação minerária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 64-73, jul. 1994.

BARBOSA, Alfredo Ruy. A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural. In: PIRES, Paulo Valois (Org.). *Temas do direito do petróleo e do gás natural II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1-28.

BARROS, Octavio de; PEREIRA, Robson Rodrigues. Desmistificando a tese da desindustrialização: reestruturação da indústria brasileira em uma época de transformações globais. In: BARROS, Octavio de; GIAMBIAGI, Fabio. (Orgs.). *Brasil globalizado: o Brasil em um mundo surpreendente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2008. p. 299-330.

BARROSO, Rafael Mendes Cunha. Federalismo fiscal no Brasil: o impacto das transferências orçamentárias na desconcentração de receitas entre as esferas de governo. *Revista Controle: doutrinas e artigos*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 79-104, jan. 2013. Disponível em: <<http://revistacontrole.ipc.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/258/260>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 18 a 23. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, t. 1.

BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. A construção do nacional-desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a dinâmica de interação entre Estado e mercado nos setores de base. *Revista Economia*, Brasília, v. 7, n. 4, 239-275, dez. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFD FE, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 199-219, mar./ago. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Petrobras: monopólio estatal e política concorrencial. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFD FE, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 135-148, mar./ago. 2014.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/24845/3/BoletimXLIX_Artigo2.preview.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

BERNARDES, Flávio Couto; HEIDENREICH, Freitrich. A suspensão dos efeitos do novo marco regulatório dos *royalties* do petróleo: ofensa ao federalismo fiscal brasileiro? *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte*: RPGMBH. v. 6, n. 12, p. 15-33, jul./dez. 2014.

BEVILACQUA, Lucas. Fundos constitucionais de financiamento sob a perspectiva de uma nova política de desenvolvimento regional para o Brasil Central. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*: RFD FE, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 99-117, set./fev. 2015/2016.

BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília: Conselho Federal de Cultura, 1978. v. 3.

BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The state and the economy. In: SMELSER, Neil; SWEDBERG, Richard (Eds.) *The handbook of economic sociology*. 2nd ed. Princeton, NJ: Princeton University Press 2005. p. 505-526.

BORJA, Célio. Federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 138-144, jan./mar. 1985.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Royalties* do petróleo e as questões constitucionais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 12, n. 62, p. 125-134, jul./ago. 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*: história, econômica e política de Getúlio Vargas a Lula. 5. ed. atual. São Paulo: Editora 34, 2003.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (Org.). *Doença holandesa e indústria*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

BUSTAMANTE, Luiz Alberto da Cunha; CAVALCANTE FILHO, João Trindade; BIATO, Márcia Fortuna; GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Análise do Projeto de Lei de Marco Regulatório da Mineração do Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set./2013 (Texto para Discussão nº 137). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-137-analise-do-projeto-de-lei-de-marco-regulatorio-da-mineracao-do-brasil>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

CALASANS JUNIOR, José. Autorização de pesquisa mineral - Direito de prioridade - Transferência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 356-361, jul. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

CARREIRA, Liberato de Castro. *História financeira e orçamentária do Império do Brasil*: após a guerra do Paraguai. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980. v. 2.

CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura*: perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTRO, Antonio Falabella de. O manifesto de mina em face da compensação financeira (Lei n. 7.990/89). In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *Direito mineral aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 221-262.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA Tiago de Mattos. CFEM e manifesto de mina: um estudo de caso. In: AZEVEDO, Marcelo et al. *Direito da mineração*: questões minerárias, ambientais e tributárias. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Cap. 26, p. 617-648.

- CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A ordem econômica nas constituições. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 122, p. 339-345, mar./abr. 1949.
- CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004.
- CHANG, Ha-Joon. *Hamlet without the Prince of Denmark: how development has disappeared from today's 'development' discourse*. In: KHAN, Shahrukh Rafi; CHRISTIANSEN, Jens (Eds.). *Towards new developmentalism: market as means rather than master*. London; New York: Routledge, 2013. p. 129-148.
- CHURCHILL, Winston. *A sutileza bem-humorada de Winston Churchill: suas grandes tiradas...* Organizado por Richard Langworth; tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Odisseia, 2012.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, centralização e princípio da simetria. In: LEITE, George Salomão et al. (Coords.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016. Parte 2, cap. 5, p. 76-90.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; MARTINS, Alessandra Ferreira. Princípios constitucionais da atividade econômica petrolífera e Lei nº 9.478 de 1997. *A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 4, n. 18, p. 43-50, out./dez. 2004.
- COHEN, Stephen S.; DELONG, J. Bradford. *Concrete economics: the Hamilton approach to economic growth and policy*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 54, n. 353, p. 14-26, mar. 1965.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A oligarquia brasileira: visão história*. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Coords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 15-34.
- CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Regina Helena. A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 47/48, p. 125-133, jan./dez. 1997.

COSTIGAN, George P. *Handbook on american mining law*. St. Paul: West Publishing Co., 1908.

COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Economia política e direito econômico: do desenvolvimentismo aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 581-617.

DAHL, Robert Alan. *A Constituição norte-americana é democrática?* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

DAINTITH, Terence. *Finders keepers?: how the law of capture shaped the world oil industry*. Washington, DC: RFF Press, 2010.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIAMOND, Jared M. *Colapso: como as sociedades escolhem os fracassos ou o sucesso*. 5. ed. Tradução de Alexandre Raposo. São Paulo: Record, 2007.

DIEGUEZ, Consuelo. O estouro da boiada. *Revista Piauí*, n. 101, fev. 2015. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-estouro-da-boiada/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DIEGUEZ, Consuelo. O setembro negro da Sadia. *Revista Piauí*, n. 38, nov. 2009. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-setembro-negro-da-sadia/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DOMINGUES, José Marcos. Cobrança pelo uso da água: natureza jurídica: as cobranças estaduais. *Interesse Público: revista bimestral de direito público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 39, p. 299-319, set./out. 2006.

DOMINGUES, José Marcos; CARNEIRO, Júlia Silva Araújo. A compensação ambiental prevista pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC): a ADI nº 3.378 e o Decreto nº 6.848/09. *Revista Direito GV* [online], v. 6, n. 2, p. 493-502, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a07v6n2.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo, José Bushatsky, 1972.

DWORKIN, Ronald. John Rawls. *The Harvard Review of Philosophy*, v. 11, p. 7-8, 2003.

ENRIQUEZ, Maria Amélia. *Mineração: maldição ou dádiva?: os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*. São Paulo: Signus, 2008.

FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro. Mudar legislação minerária por meio de medida provisória é decisão equivocada. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-04/opinio-mudar-codigo-minerario-meio-mp-decisao-equivocada>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Uma análise acerca da classificação das receitas petrolíferas na lei orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 433-451.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria*. São Paulo: Blucher, 2016.

FERRAZ, Roberto. Instrumentos econômicos de proteção ao meio ambiente: o art. 36 da Lei 9.985/00. In: SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Jorge Alex (Coords.). *Direito tributário e econômico aplicado ao meio ambiente e à mineração*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 328-349.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988: arts. 1º a 43*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988: arts. 1º a 103*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento. *Licenciamento ambiental: instrumento de desenvolvimento regional ou defesa do meio físico?: um estudo sobre condicionantes socioambientais*. 2017. 217 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

FIGUEIREDO, Yuri Jordy Nascimento. Licenciamento ambiental da mineração: avanços, perspectivas e novos desafios para a efetividade da norma-princípio do “desenvolvimento sustentável”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 451-474, out./dez. 2013.

FOX, William F. *The United States of America: the practice of fiscal federalism: comparative perspectives*. London: McGill-Queen’s University Press, 2006. (A Global Dialogue on Federalism, v. 4).

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 2.

FREIRE, William. *Natureza jurídica do consentimento para pesquisa mineral, do consentimento para lavra e do manifesto de mina no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Mineira Livros Jurídicos, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of american law*. 2nd ed. New York: Simon & Schuster, 1985.

FRIEDMAN, Lawrence M. The law and society movement. *Stanford Law Review*, v. 38, No. 38, p. 763-780, Feb. 1986.

FULLERTON, Don. Why have separate environmental taxes? *Tax Policy and the Economy*, Chicago, IL, University of Chicago Press, v. 10, p. 33-70, 1996. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/tpe.10.20061836>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto; Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FURTADO, Celso. *Ensaio sobre a Venezuela: subdesenvolvimento com abundância de divisas*. Rio de Janeiro: Contraponto; Centro Internacional Celso Furtado, 2008.

FURTADO, Celso. A invenção do subdesenvolvimento. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 15, n. 2, (58), p. 5-9, abr./jun. 1995. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/PDF/58-1.PDF>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

FURTADO, Celso. Prefácio. In: NUNES, António José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do 'modelo brasileiro de desenvolvimento'*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25-27.

GATES, Paul W. An overview of American land policy. *Agricultural History*, v. 50, No. 1, p. 213-229, jan. 1976. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3741919>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

GONÇALVES, Andrea Viggiano. A participação do proprietário do solo nos resultados da lavra de mina manifestada. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *Direito minerário em evolução*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 277-292.

GOODRICH, Carter. *Government promotion of american canals and railroads (1800-1890)*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1974.

GOODRICH, Carter. Local government planning of internal improvements. *Political Science Quarterly*, v. 66, No. 3, p. 411-445, Sept. 1951.

GOODRICH, Carter. National planning of internal improvements. *Political Science Quarterly*, v. 63, No. 1, p. 16-44, Mar. 1948.

GRAU, Eros Roberto. Comentário aos artigos 176 e 177. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1.843-1.852.

GRODZINS, Morton. *The American system: a new view of government in the United States*. Edited by Daniel J. Elazar. Chicago: Rand McNally, 1966.

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. 41-58.

- HABER, Stephen H.; MENALDO, Victor A. Do natural resources fuel authoritarianism?: a reappraisal of the resource curse. *American Political Science Review*, v. 105, No. 1, p. 1-26, Feb. 2011.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques, João C. S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- HEIN, Jayni Foley; CECOT, Caroline. Mineral royalties: historical uses and justifications. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, v. 28, No. 1, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2918357>. Acesso em: 12 out. 2017.
- HILLS, Roderick M. Federalism in constitutional context. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 22, No. 1, p. 181-196, Fall 1998.
- HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Tradução de Cláudio Carina; revisão técnica de Luísa Valentini. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- INCE, Onur Ulas. *Colonial capitalism and the dilemmas of liberalism*. New York: Oxford University Press, 2018.
- KARL, Terry Lynn. *The paradox of plenty: oil booms and petro-states*. Berkeley: University of California Press, 1997.
- KHRAICHE, Maroula; FLAHERTY, Patrick. Federalismo fiscal: el caso de Estados Unidos. Traducción de Gema Fernández-Avilés Calderón. *CLM. Economía: Revista Económica de Castilla-La Mancha*, n. 8, p. 325-354, 2006. Disponível em: <http://www.clmeconomia.jccm.es/pdfclm/maroula_8.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- KINCAID, John. United States of America. In: MORENO, Luis; COLINO, César; KINCAID, John. *Diversity and unity in federal countries*. London: McGill-Queen's University Press, 2005. (A Global Dialogue on Federalism v. 7).
- KLARMAN, Mike. The Constitution as a coup against the public opinion. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 255-266, jul. 2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/147/135>>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- KRELL, Andreas Joachim. Licença ou autorização ambiental?: muita discussão em torno de um falso dilema. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, n. 49, p. 56-72, jan./mar. 2008.
- LAITOS, Jan G.; TOMAIN, Joseph P. *Energy and natural resources law in a nutshell*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

LARSEN, Erling Røed. *Escaping the resource curse and the dutch disease?: when and why Norway caught up with and forged ahead of its neighbors*. Discussion Paper No. 377, May 2004. Statistics Norway, Research Department. Disponível em: <<https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/DP/dp377.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LAZZARI, Salvatore. *The federal royalty and tax treatment of the hardrock mineral industry: an economic analysis*. Washington, District of Columbia: Congressional Research Service, 2008. (CRS Report for Congress, RL34268).

LECKRONE, J. Wesley. American federalism in practice: intergovernmental cooperative tension. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 436-456.

LEITE, Camila Moraes; MARCUCCI, Roberta Borella. A CFEM como indenização ambiental. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (Coord.). *CFEM: compensação financeira pela exploração de recursos minerais: natureza jurídica e questões correlatas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 104-124.

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. *Revista Direito GV* [online], v. 5, n. 2, p. 527-548, jul. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24327>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

LEITE, Marcelo et al. A batalha de Belo Monte. *Folha de S.Paulo*, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2013/12/16/belo-monte/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

LEONHARDT, Roberta Danelon. Limits on the principles of permanent sovereignty over natural resources: foreign investment and contractual guarantees. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 165-201, out./dez. 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEWIN, Tobias. The history of government property in minerals in the United States. *Washington University Law Review*, v. 16, No. 3, p. 245-252, Jan. 1931. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4805&context=law_lawreview>. 10 abr. 2018.

LIMA, Hernani Mota de; FLORES, José Cruz do Carmo; COSTA, Flávio Luiz. Plano de recuperação de áreas degradadas versus plano de fechamento de mina: um estudo comparativo. *Rem: Revista Escola de Minas*, Ouro Preto, MG, v. 59, n. 4, p. 397-402, out./dez. 2006.

LIMA, Paulo César Ribeiro. *Pré-sal: o novo marco legal e a capitalização da Petrobras*. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

LOBATO, Monteiro. *O poço do visconde*. São Paulo: Brasiliense, 1960.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria do petróleo: evolução normativa*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MACHADO, Frederico Munia. A evolução histórica da legislação sobre os *royalties* da mineração brasileira. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais – CFEM*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 5-70.

MACHADO, José Angelo. Federalismo e políticas sociais: conexões a partir da teoria da agência. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 69, n. 1, p. 57-84, jan./mar. 2018.

MARSHALL, Alfred. *Princípios de economia: tratado introdutório*. Tradução de Rômulo Almeida e Ottolmy Strauch. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MARQUES, José Frederico. Jazidas – Ato administrativo – Minas – Registro de imóveis. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Direito ambiental: conservação e degradação do meio ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 4, p. 1.145-1.178. (Coleção Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental, v. 2).

MARQUES, Mauro Luiz Campbell. (As)simetrias no federalismo brasileiro. In: LEITE, George Salomão et al. (Coords.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!*: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 61-75.

MENDES, Gilmar Ferreira. Tributação e finanças públicas na Constituição Federal de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.451-1.487.

MCGRANE, Reginald C. *Foreign bondholders and american state debts*. New York: The Macmillan Company, 1935.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. Federalismo e centralização. *Revista de Ciência Política*, Instituto de Direito Público e Ciência Política, v. 22, n. 3, p. 81-94, jul./set. 1979.

MELLO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio*. 11. ed. Campinas: Editora Unesp, 2009.

MENDONÇA, Elvino de Carvalho; SOUZA, Luciano Inácio de; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Orgs.). *A interface entre regulação e concorrência na cadeia produtiva do petróleo: análises de julgados do CADE*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2017.

METCALF, Gilbert E. Environmental taxation: what have we learned in this decade? In: VIARD, Alan D. (Ed.) *Tax policy lessons from the 2000s*. Washington DC: The AEI Press, 2009. p. 7-34.

MIESZKOWSKI, Peter; SOLIGO, Ronald. United States. In: ANDERSON, George (Ed.). *Oil & gas in federal systems*. Don Mills, Ontario, Canada: Oxford University Press, 2012. p. 310-338.

MILLER, David W. The historical development of the oil and gas laws of the United States. *California Law Review*, v. 51, No. 3, p. 506-534, 1963. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3039&context=californialawreview>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MONTEIRO, Maurílio de Abreu; TEIXEIRA, Sheila do Socorro Lima. Mineração industrial e a estabilidade de assentamentos rurais no Sudeste do Estado do Pará, Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE (ANPPAS), 3., 2006, Brasília, DF. Disponível em: <<https://sigaa.ufpa.br/sigaa/verProducao?idProducao=2473&key=039d3c90d75e7daf120d91595c4dc549>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de; SILVA Maitá de Paula e. *O peso do Estado na pátria do mercado: os Estados Unidos como país em desenvolvimento*. São Paulo: Unesp, 2013.

MYERS, Will S. A legislative history of revenue sharing. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. v. 419, No. 1, p. 1-11, May 1975.

NEDEL, José. A teoria da justiça de John Rawls: um esboço. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (Orgs.). *Novo manual da ciência política: autores modernos e contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 548-581.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6 – Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

NUNES, Antônio José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do 'modelo brasileiro de desenvolvimento'*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUSDEO, Fabio. *Da política econômica ao direito econômico*. 1977. 197 p. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSTROW, Ashira Pelman. Land law federalism. *Emory Law Journal*. v. 61, No. 6, p. 1.397-1.444, Sept. 2012. Disponível em: <http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/61/6/articles/ostrow.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

OTTO, James. *Mining royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society*. Washington, DC: The World Bank, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo; OLIVEIRA, Marcos Roberto de. Características do sistema tributário nos Estados Unidos da América: alguns tópicos relevantes. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário: RDIET*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 52-78, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/6643/4208>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

PAULSEN, Michael Stokes; PAULSEN, Luke. *The Constitution: an introduction*. New York: Basic Books, 2015.

PELLEGRINO, Maurício. O direito de participação nos resultados da lavra e seu vínculo ao direito de propriedade do imóvel em que se encontra a jazida. In: FERRARA, Mariana et al. (Coords.). *Estudos de direito minerário*. Belo Horizonte, Fórum, 2012. v. 1, p. 109-125.

PEREIRA, Denise de Castro; WILDHAGEN, Raquel Oliveira; ROSA, Josiane Cláudia Sales et al. *Cenários socioambientais em municípios com mineração: uma experiência extensionista*. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2012. Disponível em: <http://www1.pucminas.br/documentos/forext_09.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

PEREIRA FILHO, João. Mineração – Direito de prioridade – Transmissibilidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 196, p. 175-189, abr. 1994.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 52. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2011.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Federalismo: condições de possibilidade e características essenciais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, p. 21-30, jan./mar. 2012.

RAWLS, John. Some reasons for the maximin criterion. *American Economic Review*, v. 64, No. 2, p. 141-146, 1974. Papers and proceedings of the Eighty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May 1974).

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAYMOND, Daniel. *Thoughts on political economy. In two parts*. Baltimore: Fielding Lucas Junior, 1820.

REID, Michael. *Brazil: the troubled rise of a global power*. New Haven: Yale University Press, 2014.

REIS, João Francisco Garcia; SOUZA, Jaime Luiz Cunha de. Grandes projetos na Amazônia: a hidrelétrica de Belo Monte e seus efeitos na segurança pública. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 215-230, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7730/6383>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

REZENDE, Fernando. Federal Republic of Brazil. In: SHAW, Anwar (Ed.). *The practice of fiscal federalism: comparative perspectives*. Montréal; London: Forum of Federations; McGill-Queen's University Press, 2007. p. 73-97. (A Global Dialogue on Federalism, v. 4).

RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito minerário: escrito e aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Tradução de Gilda G. de Azevedo. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

RIVERA, Tony Marcelo Gonzalez; MOREIRA, Rodrigo Leite. A incidência da CFEM sobre as minas manifestadas. In: TORRES, Heleno Taveira; CATÃO, Marcos André Vinhas (Coords.). *Tributação no setor de petróleo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 373-382.

ROBERTS, Paul. This is what really happens when Amazon comes to your town: trust me, I saw my city transform – and not always for the better. 19 Oct. 2017. *Politico Magazine*. Disponível em: <<http://www.politico.com/magazine/story/2017/10/19/amazon-headquarters-seattle-215725>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, C. H. L. *A questão do protecionismo no debate entre Roberto Simonsen e Eugenio Gudín*. 2005. 160 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Econômicas, Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2005.

ROESLER, Shannon M. Federalism and local environmental regulation. *University of California Davis Law Review*, v. 48, No. 3, p. 1.111-1.172, 2015. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/48/3/Articles/48-3_Roesler.pdf>. 15 mar. 2018.

ROSS, Michael L. Does oil hinder democracy? *World Politics*, v. 53, No. 3, p. 325-361, Apr. 2001. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/levitsky/files/ross_world_politics.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ROSS, Michael L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. Princeton: Princeton University Press, 2012.

RUBINSTEIN, Flávio. *Receitas públicas de recursos naturais no direito financeiro brasileiro*. 2012. 317 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 285-306.

SBRAGIA, Alberta M. *Debt wish: entrepreneurial cities, U.S. federalism and economic development*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. Anotações financeiras sobre os projetos do novo marco regulatório da mineração. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. (Orgs.). *Direito minerário e direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 91-110.

SCAFF, Fernando Facury. Federalismo fiscal cooperativo no Brasil. In: LEITE, George Salomão et al. (Coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!*: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. Parte 2, cap. 7, p. 106-122.

SCAFF, Fernando Facury. Federalismo fiscal patrimonial e fundo de equalização. O rateio dos *royalties* do petróleo no Brasil. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.). *Direito financeiro, econômico e tributário: homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 179-206.

SCAFF, Fernando Facury. *A mens legislatoris* constituinte no STF: entre royalties e ICMS. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Orgs.). *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 106-117.

SCAFF, Fernando Facury. MP de revitalização da indústria mineral é apenas aumento da CFEM. *Consultor Jurídico* [online], São Paulo, 08 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/contas-vista-mp-revitalizacao-industria-mineral- apenas-aumento-cfem>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre la extrafiscalidad ambiental en Brasil. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFFE*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 13-27, mar./ago. 2013.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: direito financeiro, república e direitos fundamentais*. 2017. Tese (Titularidade para cargo de Professor Titular de Direito Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Daniel Tobias. Dívida pública e desenvolvimento: do equilíbrio orçamentário à sustentabilidade financeira. In: POMPEU, Gina Marcilio; CARDUCCI, Michele; SÁNCHEZ, Miguel Revenga (Orgs.). *Direito constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 27-48.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Coords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 285-302.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. O financiamento das unidades de conservação: a compensação financeira do SNUC como instrumento de proteção ao meio ambiente. In: SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Jorge Alex (Coords.). *Direito tributário e econômico aplicado ao meio ambiente e à mineração*. São Paulo: Quartier Latin: 2009. p. 350-367.

SCHANTZ JR., Radford. Purpose and effects of a royalty on public land minerals. *Resources Policy*, v. 20, No. 1, p. 35-48, Mar. 1994.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista de Direito GV*, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>>. Acesso em: 09 maio 2018.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SEMMELE, Bernard. *The rise of free trade imperialism: classical political economy the empire of free trade and imperialism (1750-1850)*. New York: Cambridge University Press, 1970.

SERRA, Silvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. *Mineração: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e. Comentário ao artigo 20. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 712-725.

SILVA, Isabela Morbach Machado e. *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*. 2017. 184 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SILVA, Lucas Emanuel da; SANTANA, José Ricardo de; FARIAS, Tácito Augusto. Impacto das rendas petrolíferas sobre os municípios: uma análise das finanças públicas e desenvolvimento em Sergipe. *Revista de Desenvolvimento Econômico: RDE*, Salvador, BA, v. 16, n. 29, p. 76-91, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/download/2946/2336>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

SILVA, Marcelo Squinca da. *A política do setor elétrico nos anos dourados: embates entre paulistas e mineiros no processo de expansão do setor de energia elétrica no Brasil (1951-1961)*. São Paulo: Alameda, 2018.

SILVA, Maria Amélia Rodrigues da. *Royalties da mineração: instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável nas regiões mineradoras na Amazônia oriental? Cadernos do IG/UNICAMP*, Campinas, v. 8, n. 1/2, p. 3-21, 2000. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/3086/1/Artigo_RoyaltiesMineracaoInstrumento.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *Governança pública de royalties: federalismo fiscal e futuras gerações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; ATHIAS, Daniel Tobias. A finalidade da CFEM. *Valor Econômico*, Legislação, São Paulo, 21 dez. 2015.

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 Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1999. p. 331-336.

SOARES, Márcia Miranda. Federalismo e desigualdades sociais no Brasil atual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, v. 5, n. 19, p. 143-175, jul./set. 2011.

SOLER, Jonathas Lima. Aspectos teóricos sobre os principais desafios à segurança alimentar e nutricional em comunidades afetadas pela atividade minerária de grande escala. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE*, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 223-235, set./fev. 2014/2015.

SOUSA, Rubens Gomes de. Petrobras – Sociedade de economia mista. Monopólio. Imunidade e isenção tributárias. Pessoas jurídicas de direito público e de privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 54, p. 474-491, mar. 1958. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18569/17614>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais – CFEM. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *Direito minerário aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 195-220.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt; NEGRI, Fernanda de. Ciência e tecnologia de impacto: uma análise do caso Darpa. In: RAUEN, André Tortato (Org.). *Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: IPEA, 2017. p. 413-442. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/20170705_politicas_de_inovacao.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

STEELE, Henry. Natural resource taxation: resource allocation and distribution implications. In: MASON, Gaffney (Ed.). *Extractive resources and taxation*. Madison: University of Wisconsin Press, 1967. p. 233-267.

STEPHAN, Paul B. Guerras fiscais nos Estados Unidos. In: DERZI; Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Orgs.). *Estado Federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 161-170.

SUSSKIND, Lawrence. Revenue sharing and the lessons of the new federalism. *Urban Law Annual: Journal of Urban and Contemporary Law*, v. 8, p. 33-71, Jan. 1974.

Disponível em:

<https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1717&context=law_urbanlaw>. Acesso em: 10 abr. 2018.

TARR, G. Alan. United States of America. In: KINCAID, John; TARR, G. Alan (Eds.). *Constitutional origins, structure, and change in federal countries*. London: McGill-Queen's University Press, 2005. (A Global Dialogue on Federalism, v. 1).

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. *Royalties* na mineração no direito comparado. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. *A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais*: CFEM. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 71-86.

VARGAS, Getúlio. *A nova política do Brasil: da aliança liberal às realizações do primeiro ano de governo, 1930-1931*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. v. 1.

VIARD, Alan D. (Ed.). *Tax policy lessons from the 2000s*. Washington DC: The AEI Press, 2009.

WEISMAN, Steven R. *The great tax wars: Lincoln – Teddy Roosevelt – Wilson: how the income tax transformed America*. New York: Simon & Schuster; Paperback, 2004.

WEISS, Edith Brown. *In fairness to future generations: international law, common patrimony, and intergenerational equity*. Tokyo: The United Nations University, 1989.

WILLIAMS III, Roberton. A response to Gilbert E. Metcalf. In: VIARD, Alan D. (Ed.). *Tax policy lessons from the 2000s*. Washington DC: The AEI Press, 2009. p. 35-44.

WILLIAMS III, Roberton. Environmental taxation. In: AUERBACH, Alan J.; SMETTERS, Kent. *The economics of tax policy*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 49-73.

WISEMAN, Hannah J. Urban Energy. *Fordham Urban Law Journal*. v. 40, No. 5, p. 1.793-1.833, 2013. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol40/iss5/13/>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

WOODGERD, David; MCCARTHY, Bernard F. State school trust lands and oil and gas royalty rates. *Public Land and Resources Law Review*, v. 3, p. 119-132, 1982. Disponível em: <<https://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=plrlr>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

WORLD BANK. *World development report 1994: infrastructure for development*. New York: Oxford University Press, 1994. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/5977/WDR%201994%20-%20English.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários: ênfase na prevenção: a utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 527-564.

ZIMMERMAN, Joseph J; BULLERDICK, Kim H. Federal royalty oil eligibility requirements: the 'plateau' legacy. *Natural Resources Lawyer*, v. 16, No. 4, p. 597-611, 1984.