

ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS DO PETRÓLEO E DO GÁS E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS

Daniel Braga Frederico *

1. Introdução – Histórico; 2. Opiniões da Doutrina; 3. Críticas às Correntes Doutrinárias; 3.1. Natureza Tributária; 3.2. Natureza Contraprestacional; 3.3. Natureza Indenizatória; 3.4. Natureza de Preço Financeiro 4. As Modalidades de Participações Governamentais Instituídas pela Lei do Petróleo; 5. Critério adotado para definir a Natureza Jurídica das Participações Governamentais do Petróleo – o § 1º do artigo 20 da Constituição Federal; 6. Prevalece a Natureza Jurídica Indenizatória das Participações Governamentais; 7. As Participações Governamentais sob a ótica do Direito Financeiro; 8. Conclusões; 9. Referências Bibliográficas.

1. Introdução – Histórico

Desde a proclamação da República, até a entrada em vigor da Constituição de 1934, os bens contidos no subsolo nacional foram considerados propriedade dos donos da terra (art. 72, § 17, da Constituição da República de 1891), considerando tais bens acessórios do solo, na linha do princípio segundo o qual o acessório segue o principal (art. 43, I c/c 61, II, do vetusto Código Civil de 1916).

A Carta de 1934 reservou sob o domínio federal os bens do subsolo, determinando inclusive competência privativa da União Federal para legislar a respeito da matéria (CF/34, art. 5º, XIX, j), erigindo à alçada constitucional o que a legislação inferior já fizera.

Todavia, somente em 1953, ao influxo da campanha conhecida como “O Petróleo é Nosso!”, com a promulgação da Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, que criou a Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS, para explorar em regime de monopólio os hidrocarbonetos fluidos nacionais, foi que, pela primeira vez, previu-se o pagamento de uma indenização aos entes estatais (Estados, Territórios e Municípios onde ocorresse a lavra) pela lavra do petróleo e xisto betuminoso e pela extração de gás (art. 27 da Lei n.º 2.004/53).

O pagamento da citada indenização pela lei, seria devida à razão de 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído, ou do xisto, ou do gás (art. 27, da Lei n.º 2.004/53).

A Constituição Federal de 1988 erigiu à envergadura constitucional (parágrafo 1º do artigo 20) a garantia de que os entes estatais (órgãos da sua administração direta da União, Estados, Municípios e Distrito Federal) fariam jus ou a uma participação no resultado da exploração de tais recursos, ou uma compensação financeira por essa exploração (indenização).

Até a edição da Emenda Constitucional n.º 9 de 9.11.1995 as atividades de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação destes produtos, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, foi mantida sob o monopólio da União Federal, exercido pela PETROBRAS e suas subsidiárias.

Com a alteração trazida pela Emenda Constitucional supracitada, ficou permitido à União contratar com empresas privadas a realização de todas as atividades relativas ao monopólio petrolífero acima citadas (art. 177, § 1º, da CF/88).

Assim, foi editada a Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), que, cumprindo o disposto no § 1º do art. 177 da Constituição Federal, com as alterações da EC n.º 9/95, tornando efetivamente possível a atuação de empresas privadas no setor petrolífero, flexibilizando o monopólio estatal.

A Lei do Petróleo, revogando a Lei n.º 2.004/53, criou, dentre outras coisas, as Participações Governamentais, na linha do que autoriza o já citado § 1º do art. 20 da Constituição Federal, situando nesse rol o bônus de assinatura, os *royalties*, a participação especial e o pagamento pela ocupação ou retenção de área.

Ainda não está isenta de controvérsias a discussão acerca da natureza jurídica dessas receitas devidas pelas empresas de exploração e produção de hidrocarbonetos em razão da extração destes recursos naturais, em que pese escassas, mas valorosas contribuições da doutrina para elucidação do tema.

Porquanto, através do presente estudo, sem a pretensão de esgotar matéria tão delicada e complexa, tem-se o objetivo de contribuir com alguma luz para o deslinde da questão da definição da natureza jurídica dessas verbas constitucionais.

2. Opiniões da Doutrina

Sobreleva notar que não há muito material doutrinário tratando do tema. Buscaremos, pois, sistematizar as correntes doutrinárias que fomos capazes de identificar com maior clareza.

Há uma corrente que defende a natureza tributária dessas receitas, encabeçada por autores de nomeada como Roque Antônio Carrazza¹ e Alberto Xavier², opinando ambos acerca da CFEM (Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais criada pela Lei n.º 7.990/89), opinião que sói estender-se para as atuais participações governamentais do petróleo.

A segunda corrente, que tem à frente nomes também de peso, como Marilda Rosado de Sá Ribeiro³ para quem “a *compensação obtida pelo Estado pela exploração deste recurso natural não-renovável, é realizada através das participações governamentais*” e Décio H. Barbosa e Albano C. Bastos⁴, defende que a natureza das participações governamentais está ligada à remuneração do poder concedente pela concessão contratada com o particular.

Há uma terceira corrente que, muito embora tenha se debruçado sobre o tema com uma certa timidez, segue no sentido de que as recei-

tas em estudo, conforme regulamentadas até o presente, têm a natureza jurídica indenizatória.⁵

Para a que chamaremos de quarta corrente, de Aurélio Pitanga Seixas,⁶ trata-se de preço público, porém sem natureza contratual, porque determinado em lei, o que não descaracterizaria a receita como originária, uma vez que proveniente do patrimônio público.

E há, outrossim, uma novel corrente, defendida muito recentemente pelo Professor carioca José Marcos Domingues de Oliveira, mediante a qual, afirma o autor citado, com fundamento em valiosas premissas de direito administrativo financeiro e ambiental, que as receitas em apreço têm a natureza de preço financeiro, devidas pela justa retribuição do patrimônio público explorado e para fazer face à recuperação ambiental determinada pelo princípio do poluidor pagador.⁷

3. Críticas às Correntes Doutrinárias

Com exceção da corrente que defende a tese da natureza tributária das receitas aqui debatidas, com a qual, de plano não podemos concordar, como será mais bem explanado logo a seguir, devemos afirmar que todas as demais correntes doutrinárias têm alguma razão.

No entanto, *venia concessa*, tem-se que observar que, no mesmo passo, todas deixaram passar despercebidas algumas questões relevantes, que merecem maior destaque, para melhor elucidar algumas questões que ainda permanecem nebulosas acerca do tema em estudo.

3.1. Natureza Tributária

Tanto Alberto Xavier quanto Roque Carrazza, emitindo suas opiniões sobre a CFEM (criada pela lei n.º 7.990/89), que considerar-se-ão como válidas para o estudo das atuais participações governamentais do petróleo, uma vez que criadas ao influxo do mesmo § 1º do art. 20 da CF/88, ao defenderem a natureza tributária das compensações em apreço, afirmam essa natureza com fundamento na definição contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional, segundo o qual: *tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa ex-*

primir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Fundamentam, outrossim, seu posicionamento no que vem didaticamente expresso no artigo 4º do CTN, que afirma ser indiferente para a determinação da natureza jurídica do tributo a denominação, e demais características formais adotadas pela lei, ou a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Lançadas essas premissas, ambos os iluminados autores trilham o caminho que conduz seus pensamentos no mesmo sentido, ou seja, de que as compensações são um imposto, nos moldes do artigo 16 do Código Tributário Nacional, por este caracterizar-se como um tributo, cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, como muito bem sintetiza Carrazza nas linhas adiante:

“Portanto, sob o rótulo ‘compensação financeira’ esconde-se um autêntico imposto. Imposto porque tem por hipótese de incidência um fato independente de atuação estatal relativa ao contribuinte (a exploração econômica de recursos minerais) e, por base de cálculo, uma dimensão deste fato (o total das receitas de vendas). O binômio hipótese de incidência/base de cálculo da ‘compensação financeira pela exploração de recursos minerais’ confirma-nos sua natureza de imposto (tributo não vinculado).”

Com base nisso, após fundamentarem seus pensamentos em belíssimas construções que merecem leitura acurada, ambos os mestres concluem pela inconstitucionalidade do que chamam de tributo, por desobediência aos preceitos contidos nos artigos 149, III e 150, I, da Carta Magna brasileira.

Em que pese o merecido respeito de que gozam os dois tributaristas do maior escol ora citados, ambos incorreram em um erro fundamental, consistente no lançamento das raízes das suas teorias sobre a premissa de que as compensações financeiras, a que se refere o artigo 20, § 1º da CF/88, constituem-se em tributo. Não é só o fato de constituir-se em uma prestação pecuniária compulsória instituída por lei, que faz da contribuição financeira em tela um tributo, como melhor veremos adiante.

A tese inclusive já foi rechaçada pela Primeira Turma do Supremo

Tribunal Federal – STF, no julgamento do Recurso Especial n.º 228.800, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (Lei 7.990/89, arts. 1º e 6º e Lei 8.001/90).

1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial.

2. A obrigação instituída na Lei 7.990/89, sob o título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de participação no produto da exploração dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição” (RE 228.800, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/11/01).

Por esta forma, com tal precedente jurisprudencial, pode-se afirmar que ficou ultrapassada a discussão com relação à possível natureza tributária das compensações aqui referidas.

3.2. Natureza Contraprestacional

Como visto, afirmam os autores que filiam-se a esta corrente que as contribuições financeiras previstas no artigo 20, § 1º da CF/88 são devidas em razão de uma “remuneração do concedente pela concessão contratada” (BARBOSA e BASTOS, *op. cit.*), ou como forma de uma “compensação obtida pelo Estado pela exploração deste recurso natural não-renovável” (Marilda Rosado, *op. cit.*).

Conquanto exista uma diferença terminológica (remuneração pela concessão *versus* compensação pela exploração do recurso não renovável), observa-se que o efeito prático das duas definições é parecido, ainda que a concessão não corresponda, tecnicamente, à exploração do

bem, pois, como veremos adiante, pode haver concessão sem exploração, ensejando, ainda assim, o pagamento de compensações, bem como, pagamento pela exploração efetiva do bem, juntamente com o pagamento pela concessão em si.

Todavia, vamos considerar, para efeito de sistematização, até porque as duas opiniões são complementares, como pertencentes a uma mesma corrente doutrinária.

A definição dada por Barbosa e Bastos contém uma impropriedade técnica consistente em que a compensação devida a título de bônus de assinatura e por retenção de áreas (art. 45, I, IV da Lei n. 9.478/97) podem subsumir-se à definição de remuneração devida pelo concessionário ao concedente pela concessão contratada, uma vez que têm a contratação e sua manutenção como seus respectivos fatos geradores, no entanto, as demais remunerações ficam ao desabrigo da definição (*royalties* e participação especial).

Os *royalties* e a participação especial (art. 45, II e III da mesma precitada Lei do Petróleo), por terem como fato gerador a produção, bem se amoldam à definição de compensação obtida pelo Estado pela exploração dos recursos naturais (como prelecionado por Marilda Rosado), porém, esta definição não abarca as remunerações devidas pela mera obtenção da concessão e sua manutenção (bônus de assinatura e pagamento pela retenção ou ocupação de área).

Em razão de algumas questões técnico-jurídicas que não foram com maior profundidade abordadas pelos ilustrados autores citados suas definições carecem, como dito, de algumas complementações.

3.3. – Natureza Indenizatória

Consoante vimos, é indefensável a defesa da tese da natureza jurídica tributária das receitas em tela e a definição dada pela corrente doutrinária que afirma que seu pagamento se faz em razão da concessão ou do uso de recursos não renováveis é insuficiente.

Leciona Ricardo Lobo Torres⁸, a seu turno, tratarem-se as compensações em estudo de indenizações, conforme a seguir transcrito:

... podem receber compensações financeiras, que têm a natureza de indenização pela perda de recursos naturais situa-

dos em seus territórios ou de contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e a assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior produtor de petróleo no Brasil, e os com seus municípios da região de Campos, obrigados a investir recursos substanciais em políticas públicas de apoio à exploração de plataforma marítima”. (grifos nossos)

Em que pese também não ser suficiente a conceituação do mestre Lobo Torres, apesar de ser muito sintética, ao tratar de um tema bastante complexo, mostra com bastante clareza um norte a ser perseguido.

3.4. *Natureza de Preço Financeiro*

O professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Diretor Científico da Associação Brasileira de Direito Financeiro, o Dr. José Marcos Domingues de Oliveira trouxe valorosa contribuição para o árido estudo do tema. No trabalho publicado na salutar obra conjunta, coordenada pela brilhante professora, Dra. Marilda Rosado, “Estudos e pareceres direito do petróleo e gás”, Domingues de Oliveira sustenta a tese, fundada no princípio geral do Direito Ambiental do *poluidor pagador*, de que as compensações financeiras são devidas face à recuperação ambiental, determinada pelo dito princípio, além de implicarem em uma retribuição do patrimônio público explorado.

Leciona o mestre acerca do *princípio do poluidor pagador* que:

“O *princípio do poluidor pagador* justifica ainda a interessante interseção entre o Direito Administrativo e o Direito Financeiro a partir do reconhecimento, como visto acima e aqui reiterado, de que o Meio Ambiente constitui-se num patrimônio, é um bem econômico e, como tal, a utilização dos recursos naturais deve ser valorada e ser objeto de um preço. Ora, na medida em que, ao ser dada destinação econômica aos bens da Natureza, esta se transforma, se empobrece na sua pureza original (o que em última análise é poluição, na verdade o modo de viver da espécie humana e sua capacidade de intervir conscientemente na Natureza é que

tem levado às mutações ambientais deletérias. Pode-se dizer, assim, que o Homem *existe, logo polui*, há que se determinar que o agente dessa mutação, perda de qualidade ou perecimento arque com os custos respectivos.”⁹

O mesmo autor afirma ainda que “*os recursos minerais são destinados à extração e à venda, isto é, exploração com fins econômicos. Daí o seu respectivo valor se traduzir num preço, e preço é receita originária, patrimonial, voluntariamente prestada – verdadeira contraprestação que o concessionário paga ao primitivo dono do recurso natural ou ambiental (o Estado) para, adquirindo-o, dele se apropriar, e que o faz, livremente, quando se dispõe a explora-lo*”, concluindo, ao final, que as compensações financeiras importam em um verdadeiro preço financeiro, devido tanto em função da utilização econômica do bem, quanto em função da degradação ambiental que resulta dessa utilização.¹⁰

Com já afirmado, excetuando-se aquela corrente que define como tributária a natureza das compensações financeiras em estudo, não discordamos frontalmente de nenhuma das correntes aqui citadas, no entanto, entendemos que todas merecem algum tipo de complementação, pelas razões jurídicas que serão mais bem expostas a seguir.

4. As Modalidades de Participações Governamentais Instituídas pela Lei do Petróleo

Vê-se que a norma fundamental fez previsão, na realidade, de duas modalidades distintas de receitas, garantidas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, a serem disciplinadas por lei (entenda-se, lei federal).

Essas receitas constituir-se-ão, ou na participação no resultado da exploração dos hidrocarbonetos, ou na compensação financeira pela exploração de tais recursos naturais.

A Lei do Petróleo instituiu, como visto, quatro modalidades de participações governamentais, o bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e pagamento por ocupação ou retenção de área (art. 45, da Lei n.º 9.478/97).

Nessa linha, o art. 46 da citada lei previu o pagamento do **bônus de assinatura**, que tem como fato gerador, como o próprio nome diz, a

assinatura do contrato de concessão, e será devido em valor mínimo definido no edital de licitação, e corresponderá ao valor ofertado no leilão dos blocos pela concessionária vencedora.

Os *royalties* têm como fato gerador a produção (art. 47, da Lei do Petróleo) e são devidos à razão entre 5 % (consoante já previra a Lei n.º 2.004/53) e 10% (tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes), da produção (calculada esta baseada em critérios estabelecidos por Decreto do Presidente da República tendo por base os preços de mercado do petróleo, gás natural ou condensado, das especificações do produto e da localização do campo).

A **participação especial** (prevista no art. 50 da Lei do Petróleo) tem como fatos geradores a grande produção ou a grande rentabilidade da área sob concessão, sendo devida a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção (art. 21 do Decreto n.º 2.705/98), deverá ser calculada com base na receita bruta da produção (art. 50, § 1º da Lei do Petróleo).

O **pagamento por ocupação ou retenção de área** (art. 51 da Lei do Petróleo) tem como fato gerador a manutenção da concessão e será devido anualmente, independente da produção dos hidrocarbonetos, com base no critério fixado por quilômetro quadrado ou fração da superfície do bloco por quilômetro quadrado ou fração, tendo em conta as características geológicas, a localização da Bacia Sedimentar em que o bloco objeto da concessão se situar, assim como outros fatores pertinentes, consoante critérios contidos no Decreto n.º 2.705/98.

5. Critério adotado para definir a Natureza Jurídica das Participações Governamentais do Petróleo – o § 1º do artigo 20 da Constituição Federal

A matriz legal da receita em apreço encontra-se no artigo 20, § 1º da Carta republicana de 1988, que neste momento merece transcrição:

“§ 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.”

Tão somente partindo-se dessa matriz, e levando em conta o seu regime jurídico, é que deve se desenvolver todo o raciocínio hermenêutico, com o objetivo de chegar à definição precisa da natureza jurídica das participações governamentais.

Das quatro formas de remuneração criadas, com fundamento no artigo 20, § 1º da Constituição de 1988, o bônus de assinatura, por ser devido já na assinatura do contrato; os *royalties*, por serem devidos a partir da produção; e o pagamento por ocupação ou retenção de área, por ter como fato gerador a simples ocupação ou retenção (manutenção da concessão), extremam-se, de logo, do conceito de participação nos resultados, pois nada têm a ver com os resultados da exploração, restando defini-las, de plano, como compensações financeiras (indenizações).

Já no que se refere à participação especial poder-se-ia, a princípio, sustentar sua submissão ao conceito de participação nos resultados da exploração, pois sua obrigação tem como nascedouro a ocorrência de grandes volumes de produção ou grande rentabilidade da área sob concessão, o que poderia ser confundido com o conceito de resultado.

Todavia, acreditamos que não será em função da sistemática adotada pela legislação, para se aferir o montante devido pelo concessionário aos entes beneficiários, que se chegará à conclusão acerca da natureza jurídica das receitas em exame.

Ademais, porque a receita bruta, base de cálculo adotada para efeito da apuração da participação especial, tem definição bastante diversa de resultado, que pode ser considerado sob a ótica financeira, econômica, contábil e até material (produto da lavra, por exemplo).

Por esta forma, deve-se realizar uma interpretação sistemática e teleológica da legislação em estudo, de maneira que, não é conveniente afastar a natureza da participação especial da que se chegou para as outras receitas das participações governamentais.

Desse modo, deve-se considerar que as quatro modalidades de receitas constitucionais instituídas pela Lei do Petróleo são, na verdade, com-

penações financeiras (indenizações), conforme se buscará corroborar com as razões a seguir expostas.

6. Prevalece a Natureza Jurídica Indenizatória das Participações Governamentais

Lesão ou dano, como é cediço, pode ocorrer tanto de forma direta, proveniente de um fato ou ato que desfalque o patrimônio alheio, quanto indiretamente (chamado dano em ricochete) que decorre de fato ou ato que, em que pese não aviltar diretamente o patrimônio de alguém, provoca desdobramentos capazes de fazê-lo.

Exemplificando, no caso em que a própria União Federal, os Estados, Municípios e o Distrito Federal vêm-se na obrigação de realizar despesas além do normal, com o objetivo de, por exemplo, prover infraestrutura para atender à indústria petrolífera que no seu território se desenvolve, ocorrem danos indiretos aos seus respectivos patrimônios.

O que se dá, neste caso, nada mais é do que uma espécie de dano em ricochete, pelo que, prevê a Constituição Federal, tais entes deverão ser indenizados por meio das compensações financeiras do § 1º do art. 20.

Devem-se sim, as contribuições financeiras aqui tratadas, como se vê, em contraprestação aos prejuízos e problemas (de toda ordem, inclusive ambientais) causados nas respectivas esferas locais de competência administrativo-governamental dos entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios), bem assim no território nacional como um todo (de relevância para a União Federal), em razão do florescimento da indústria petrolífera.

Nesse sentido é o excerto do brilhante voto proferido pelo ínclito Ministro Sepúlveda Pertence, no bojo do Acórdão relatado pela assinada Ministra Ellen Gracie, no julgamento do MS 24312 / DF, transcrito a seguir:

“O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira cogitadas.”

A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar a natureza patrimonial da receita a auferir.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre em relação aos impostos – espécie tributária não-vinculada a qualquer contraprestação estatal -, tanto a participação nos resultados como a CEFEM têm a sua causa – direta ou indireta, como se verá – na exploração de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, e minerais – bens integrantes do patrimônio da União (CF, art. 20, VIII e IX).

Com razão, desse modo, a decisão recorrida e o parecer do Ministério Público, ao afirmarem o caráter não tributário das receitas previstas no art. 20, § 1º, da Constituição.

Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de mecanismo destinado a recompor uma perda, sendo pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador.

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 se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera.

Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas e as represas. Problemas ambientais – como a remoção da 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.

Além disso, a concessão de uma lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes.

Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas feridas no dispositivo”.

(MS 24312 / DF - DISTRITO FEDERAL / Julgamento: 19/02/2003 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno / Publicação: DJ DATA-19-12-2003 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE) (grifou-se e manteve-se o original)

Colhe-se, outrossim, parecer exarado pelo representante do Ministério Público Federal que atuou nos autos do Recurso Extraordinário nº 228800/DF, em que cita inclusive o brilhante Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *verbis*:

“Da mesma forma, a compensação financeira instituída pela atual Constituição Federal, na verdade, como alternativa à participação nos resultados se faz em virtude de uma atividade especialmente danosa a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que estes entes fazem jus a um recomposição, expressa em valor monetário dos prejuízos porventura suportados. Essa é, portanto, a natureza da compensação, como requerido pelo constituinte. Neste ponto não há como tergiversar.

Assim comenta o dispositivo constitucional em foco Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

‘Participação ou compensação. o direito constitucional anterior não se preocupava com a questão.

A norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um ‘prejuízo’ decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação no benefício.

Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado, ou, até, nela tenha participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não

integram seu território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição do prejuízo. (in Comentários à Constituição brasileira de 1988 – São Paulo: Saraiva, 1990, p. 154)”.

A natureza indenizatória, como se vê, não é dissonante das correntes já citadas, ao contrário, é capaz de abarcar todas elas.

Isto porque, o conceito de indenização é, grosso modo, a recomposição do patrimônio desfalcado.

No caso em estudo, entretanto, não se deve compreender a indenização de que se trata, em termos civilistas, qual seja, aquela que se faz devida em função e tendo como pressuposto o dano efetivo, pois serão devidas as participações governamentais independentemente da ocorrência dos prejuízos.

Destarte, é possível abranger sob o conceito de indenização tanto o bônus de assinatura e o pagamento pela ocupação ou retenção de área, devidos tão-só pela obtenção e manutenção da concessão, respectivamente, quanto os royalties e a participação especial, devidos estes em razão da efetiva exploração dos recursos naturais não renováveis em questão.

Ademais os entes beneficiários das participações governamentais são obrigados a realizar inúmeros gastos, em função de fatores diversos, tais como, exemplificativamente, a degradação ambiental efetiva e fortuita, investimentos em infra-estrutura (portos, aeroportos, etc.) para atender à indústria, investimentos em saneamento dos centros urbanos que se criam ao redor e em função da indústria petrolífera, investimento em entretenimento, saúde e educação para servir à população estabelecida em seus respectivos territórios, segurança pública para conter os conflitos decorrentes das desigualdades sociais existentes, principalmente entre os menos abastados membros da comunidade local e os bem remunerados trabalhadores da indústria petrolífera, e, por fim, para o planejamento e a preparação da estrutura estatal para atender à comunidade que subsistirá ao fim da indústria.

Por esses e por outros prejuízos que não seríamos capazes de prever e citar, mas que a Constituição sabiamente previu, que se faz necessário o pagamento aos entes estatais em questão das chamadas participações governamentais, que, portanto, só podem ter a natureza jurídica de indenizações.

7. As Participações Governamentais sob a ótica do Direito Financeiro

A doutrina já teve oportunidade de demonstrar claro entendimento no sentido de que as *compensações financeiras* aqui estudadas, quando devidas aos Estados, Municípios e Distrito Federal, não são receitas públicas nos termos doutrinários, pelo fato já salientado acima, de que resultam do ressarcimento pelos prejuízos observados pelos beneficiários. Como síntese desse entendimento, traz-se à colação a lição de Kiyoshi Harada¹¹:

“Se entendermos a compensação financeira como ressarcimento de prejuízos, decorrentes da exploração de atividades referidas no citado texto constitucional, **não se poderá falar em receita pública em termos doutrinários**, pois a entrada de dinheiro, nesse caso, não estaria integrando o patrimônio público como um elemento novo e positivo, de sorte a crescer seu vulto, mas **simplesmente recompondo o patrimônio desfalcado**”. (grifos nossos)

No entanto, é certo que tais receitas devem, para efeito do direito financeiro, receber o enquadramento legal consoante a única norma existente em nosso ordenamento jurídico, que é a Lei nº 4.320/64 (Lei de Finanças Públicas).

Essa Lei de Finanças Públicas classifica as receitas públicas em duas grandes categorias – Receitas Correntes e Receitas de Capital – conforme a seguir, *in verbis*:

“Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

Omissis

§ 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superavit do Orçamento Corrente.” (grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça, em julgados que trataram da indenização especial, o 13º salário e as férias não gozadas (vide AgRg no AG

463570 / PE ; AgRg no AG 460353 / MG; RMS 13192 / MG; RESP 244041 / MG; RESP 230642 / MG; AgRg no AG 102410 / MG e ainda as SUM-125 e SUM-136 STJ), já estabeleceu que as verbas indenizatórias são resultantes da conversão em espécie de direitos.

Induvidoso, então, que as indenizações são, nada mais nada menos, que o resultado da conversão de um direito (constitucional) em pecúnia (espécie).

Desse modo, as participações governamentais, na configuração atual, são receitas de capital, da inteligência do parágrafo 2º, do Artigo 11, da Lei nº 4.320/64, acima transcrito.

8. Conclusões

As participações governamentais do petróleo, no nosso ponto de vista, sem pretender, como dito, lançar linhas doutrinárias peremptórias sobre o tema, constituem-se em verbas indenizatórias, devidas aos entes beneficiários (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em razão dos prejuízos materiais de toda ordem que efetivamente observam e que fortuitamente possam vir a observar em suas respectivas esferas de competência em razão da exploração petrolífera.

Sob a ótica financeira traçada pela Lei n.º 4.320/64, as participações governamentais do petróleo, por sua natureza indenizatória, devem ser consideradas originárias de cada ente beneficiário e classificadas como receitas de capital.

Demais disso, tais indenizações devem servir, outrossim, para fazer face ao planejamento e à preparação das respectivas comunidades locais de cada ente beneficiário e, da nação como um todo, para um desenvolvimento que sói atingir o status de sustentado e sustentável, independente da indústria petrolífera que, fatalmente, um dia irá se extinguir, juntamente com os hidrocarbonetos que usa como principal insumo produtivo.

* Advogado no Rio de Janeiro, pós-graduado em Gestão nos Negócios de Petróleo e Gás pelo IBP - Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás.

9. Notas

1 CARRAZZA, Roque Antônio. *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*, extraído em 22.07.2005 do sítio da rede mundial de computadores: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol03/01NaturezaJuridExploRecursosMinerais.htm>.

2 XAVIER, Alberto, Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais. In: *RDDT*, 29, p. 10.

3 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2ª ed., p. 387.

4 BARBOSA, Décio H. e BASTOS, Albano C. Impacto da Tributação nas atividades de E&P em águas profundas no Brasil. In: SUSLICK, Saul B. (org). *Regulação em Petróleo e Gás Natural*. Campinas: Ed. Komedi, 2001, p. 56

5 TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 11ª ed., p. 189.

6 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1998, v. 2, p. 35, *apud* OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – government take. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres direito do petróleo e gás*. Rio

de Janeiro: Renovar, 2005, p. 500. Cita também, o mesmo autor, a opinião de HELENO TORRES, para quem a CFEM tratar-se-ia de instrumento de discriminação constitucional de rendas, criticando o autor pelo fato de que o mesmo não se define quanto à natureza jurídica das compensações pelo critério da origem, que confunde com o destino, no que, na nossa opinião tem razão DOMINGUES DE OLIVEIRA.

7 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Aspectos tributários...*, p. 503.

8 TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro...*, p. 163.

9 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Aspectos tributários...*, pp. 495 e 496.

10 *Idem*, p. 502.

11 HARADA, Kiyoshi, *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2001, 8ª ed., p.69.

10. Referências Bibliográficas

BARBOSA, Décio H. e BASTOS, Albano C. Impacto da Tributação nas atividades de E&P em águas profundas no Brasil. In: SUSLICK, Saul B. (org). *Regulação em Petróleo e Gás Natural*. Campinas: Ed. Komedi, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*, extraído em 22.07.2005 do sítio da rede mundial de computadores: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM>

/vol03/01NaturezaJuridExplo-
RecursosMinerais.htm.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2001, 8ª ed.

OLIVEIRA, José Marcos de. Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – government take. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2ª ed.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). *Grandes Questões Atuais de Direito Tri-*

butário. São Paulo: Dialética, 1998, v. 2.

TORRES, Heleno Taveira. A compensação financeira devida na exploração de petróleo e recursos minerais e na geração de energia elétrica – regime jurídico e aspectos tributários. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malleiros, v. 74, p. 52-89.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 11ª ed.

XAVIER, Alberto. Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 1998, v. 29, p. 10-25.

* Advogado no Rio de Janeiro, pós-graduado em Gestão nos Negócios de Petróleo e Gás pelo IBP – Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás.