

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Iaci Pelaes dos Reis

**JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E FEDERALISMO COOPERATIVO: IGUALDADE
FEDERATIVA COMO CRITÉRIO NORTEADOR PARA PROMOVER PARTILHA DOS
ROYALTIES PETROLÍFEROS DO PRÉ-SAL**

Belo Horizonte

2017

IACI PELAES DOS REIS

**JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E FEDERALISMO COOPERATIVO: IGUALDADE
FEDERATIVA COMO CRITÉRIO NORTEADOR PARA PROMOVER PARTILHA DOS
ROYALTIES PETROLÍFEROS DO PRÉ-SAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientadora: Prof^a. Doutora Misabel de Abreu Machado Derzi

Apoio: Bolsista da CAPES: Projeto DINTER/UFMG/UNIFAP.

Belo Horizonte
2017

Reis, Iaci Pelaes dos.

R375j

Justiça distributiva e federalismo cooperativo: igualdade federativa como critério norteador para promover partilha de *royalties* petrolíferos do pré-sal / Iaci Pelaes dos Reis. – 2017.

Orientadora: Misabel de Abreu Machado Derzi

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Justiça distributiva 3. Royalties 4. Relações fiscais intergovernamentais I. Título

CDU (1976) 336.2:665.6

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO: igualdade federativa como critério norteador para promover partilha de *royalties* petrolíferos do pré-sal

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça

Avaliação _____ de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Misabel de Abreu Machado Derzi
Professora Orientadora
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Heleno Torres
Universidade de Direito da USP

Prof. Dr. Raphael Frattari Bonito
Universidade FUMEC/MG

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. André Mendes Moreira
(Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi
(Suplente)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Ora, àquele que é poderoso para fazer infinitamente mais que tudo quanto pedimos ou pensamos, conforme o seu poder que em nós opera, a Ele seja a glória na Igreja e em Jesus Cristo, em todas as gerações, para todo o sempre.

Eféios 3:20-21

Não poderia deixar de fazer referência aos meus concidadãos deste país continental, que no dia a dia sofrem por não poderem participar da vida em sociedade em igualdade equitativa de oportunidades; pessoas que em razão dessas circunstâncias arbitrárias ficam impedidas de expandir suas potencialidades, por sinal, dadas por Deus.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro plano, minha manifestação de gratidão a Deus, criador dos céus e da terra, que me concedeu a oportunidade de realizar este sonho. A Ele toda honra e toda glória.

A minha esposa, Rosiléia, que ficou privada de muitas horas de sua vida para me dar apoio material e todo incentivo necessário a cada etapa desta pesquisa. Aos filhos Aron, Igor e Helder, extensivo ao Albert Júnior.

A minha querida mãe, Virgínia Pelaes e aos meus irmãos Selma, Suely, Aldir; Iranilde e Agnaldo.

Meus sinceros agradecimentos a minha orientadora, Professora Misabel Derzi, jurista de escol, humanista, mente brilhante, que tão gentilmente me acolheu para ser seu orientando.

Agradeço a banca de qualificação e aos professores componentes da Banca Examinadora Misabel Derzi, Heleno Torres, Onofre Batista Júnior, Raphael Frathari, Thomas Bustamante e aos suplentes: André Mendes Moreira e Marciano Godoi.

Agradecimento aos colegas do doutorado que me ajudaram com subsídios teóricos e material de estudo: Tarcísio, Ludmila, a Cristiane Botelho, Ester e extensivo ao Eleston, da Secretaria da Pós.

Aos Professores da Faculdade de Direito da UFMG que se deslocaram de Belo Horizonte para Macapá a fim de contribuir com a formação jurídica dos doutorandos do DINTER UFMG/UNIFAP: Maria Fernanda Repolês, Fabiana Soares, Mariah, Fernando Jayme, Mônica, Marcelo Cattoni, André Mendes, Onofre Batista.

Grato à professora Odileia, que muito me ajudou no início de minha jornada acadêmica.

Aos colegas do Ministério Público do Amapá, que me apoiaram nesta jornada, entre os quais Eli Pinheiro, amigo de longas datas na Tribuna do Júri, ao Márcio Augusto Alves, ao Nicolau Eládio Bassalo Crispino, ao Adilson Garcia, a Ivana Cei; ao Marcelo Moreira.

A Universidade Federal do Amapá e a todos os colegas professores da Instituição.

A todos que me ajudaram em oração e ao Rev. Dr. Oton Alencar pelo incentivo e

conselhos nos momentos difíceis desta caminhada acadêmica.

Ao povo de minha terra, Estado do Amapá, cuja capital situa-se no endereço mais poético do planeta, Rio Amazonas, esquina com a Linha do Equador.

RESUMO

O objetivo essencial desta tese é demonstrar de que forma o Estado brasileiro, enquanto federação norteada por valores vinculados à justiça social e aos princípios do federalismo cooperativo, conformado constitucionalmente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, deve partilhar entre os entes federados as receitas patrimoniais decorrentes da exploração do petróleo do pré-sal, como forma de viabilizar os ideais e objetivos fundamentais da sociedade brasileira, marcada por graves disparidades sociais, regionais e econômicas. Nesse desiderato, e considerando que as receitas petrolíferas cumprem papel importante para reforçar a capacidade financeira dos entes federados a fim de que possam financiar satisfatoriamente direitos fundamentais sociais, como saúde e educação, questiona-se que critério deve nortear a partilha dessas receitas na Federação brasileira. A hipótese básica que orienta esta pesquisa é a de que o critério constitucionalmente adequado para promover justa partilha dos *royalties* do petróleo não é o da proximidade geográfica da unidade federada ao local da extração desse recurso natural não renovável, mas o da igualdade entre os entes federados subnacionais, modulado por um arranjo distributivo que assegure equilíbrio financeiro nas relações federativas horizontais. Nessa perspectiva, defende-se que o rateio dos *royalties* deve representar vantagem equitativa para todos os entes subnacionais e não apenas para alguns. Rejeita-se assim qualquer distribuição que se traduza em favorecimento injustificado em favor de determinados Estados e Municípios. Para tanto, parte-se de uma abordagem de federalismo financeiro cooperativo na sua interconexão com a ideia de justiça distributiva, em que a sociedade brasileira é visualizada como sistema equitativo de cooperação social e que cada cidadão brasileiro, por ser portador de valor intrínseco, merece igual consideração. Em vista dessa ideia-núcleo, após se empreender uma análise da Lei 12.734/2012 e das alterações na Lei 12.351/2010, argumenta-se que a partilha em referência deve ser norteada pelo princípio federativo cooperativo, em sua dimensão financeira, como mecanismo conducente à concretização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre os quais o de erradicação da pobreza e o da redução das desigualdades sociais e regionais, nomeadamente por via de um adequado financiamento dos serviços públicos, que proporcione inclusão social, liberdade substantiva e o exercício da cidadania no sentido político-jurídico.

Palavras-chave: Justiça distributiva; federalismo cooperativo; petróleo; *royalties*; igualdade federativa; liberdade substantiva; cidadania.

ABSTRACT

The essential objective of this thesis is to demonstrate how the Brazilian State, as a federation guided by values linked to social justice and the principles of cooperative federalism, constitutionally conformed to the paradigm of the Democratic State of Law, must share among the federated entities the revenues from the exploitation of pre-salt oil, as a way of realizing the ideals and fundamental objectives of Brazilian society, marked by serious social, regional and economic disparities. In this respect, and considering that oil revenues play an important role in strengthening the financial capacity of the federated entities in order to fund satisfactory social fundamental rights, such as health and education, to promote the sharing of these revenues in the Brazilian Federation. The basic hypothesis that guides this research is that the criterion constitutionally adequate to promote fair sharing of oil royalties is not that of the geographical proximity of the federated unit to the place of extraction of this nonrenewable natural resource, but that of equality between the federated entities Subnational, modulated by a distributive arrangement that ensures financial equilibrium in horizontal federative relations. In this perspective, it is argued that the apportionment of royalties should represent an equitable advantage for all subnational entities and not just for some. Therefore, any distribution that results in unjustified favoritism in favor of certain States and Municipalities is rejected. In order to do so, it is based on an approach of cooperative financial federalism in its interconnection with the idea of distributive justice, in which Brazilian society is viewed as an equitable system of social cooperation and that every Brazilian citizen, as an intrinsic value, deserves Equal consideration. In view of this core idea, after an analysis of Law 12.734/2012 and changes in Law 12.351/2010, it is argued that sharing in reference should be guided by the federative cooperative principle, in its financial dimension, as a conducive mechanism To the achievement of the fundamental objectives of the Brazilian State, including the eradication of poverty and the reduction of social and regional inequalities, in particular through adequate financing of public services, which provides for social inclusion, substantive freedom and the exercise of citizenship In the political-legal sense.

Key-words: Distributive justice; cooperative federalism; oil; royalties; federal equality; substantive freedom; citizenship.

SINTESI

L'obiettivo principale di questa tesi è quello di dimostrare come lo Stato brasiliano, mentre la federazione guidata da valori legati alla giustizia sociale e dei principi di federalismo cooperativo, conformato costituzionalmente il paradigma dello stato democratico di diritto, dovrebbe condividere tra entrate patrimoniali federali lo sfruttamento del petrolio pre-sale, al fine di consentire gli ideali fondamentali e gli obiettivi della società brasiliana, caratterizzata da disparità sociali, regionali ed economiche gravi. In questo obiettivo, e considerando che i proventi del petrolio hanno un ruolo centrale per rafforzare la capacità finanziaria di entità federali in modo che possano finanziare adeguatamente i diritti fondamentali sociali come la sanità e l'istruzione, mettiamo in discussione quali criteri devono guidare la condivisione di tali ricavi Federazione brasiliana. L'ipotesi di fondo che guida questa ricerca è che il criterio costituzionalmente adeguato per promuovere l'equa ripartizione delle royalties del petrolio non è la vicinanza geografica dell'unità federale al luogo di estrazione di questa risorsa naturale non rinnovabile, ma di uguaglianza tra le entità federali subnazionale, modulata da un accordo distributivo per garantire la stabilità finanziaria nei rapporti federativi orizzontali. In questa prospettiva, si sostiene che la ripartizione dei diritti d'autore dovrebbe rappresentare un equo beneficio per tutte le entità subnazionali e non solo per alcuni. Respinge quindi qualsiasi distribuzione che si tradurrebbe in favoritismi ingiustificata a favore di alcuni Stati e le municipalità. Per questa parte è una cooperativa approccio federalismo fiscale nella sua interconnessione con l'idea di giustizia distributiva, in cui la società brasiliana è visto come un sistema equo di cooperazione sociale e che ogni cittadino brasiliano, di essere portatore di valore intrinseco, merita pari considerazione. In vista di questa idea-core, dopo aver svolto un'analisi della legge 12.734/ 2012 ed i cambiamenti nella legge 12.351/2010, si sostiene che la condivisione con riferimento dovrebbe essere guidato dal principio federale cooperativa nella loro dimensione finanziaria, come un meccanismo favorevole il raggiungimento degli obiettivi fondamentali dello stato brasiliano, tra cui l'eliminazione della povertà e la riduzione delle disuguaglianze sociali e regionali, in particolare attraverso un adeguato finanziamento dei servizi pubblici, che prevede l'inclusione sociale, la libertà sostanziale e cittadinanza in senso politico e giuridico.

Parole-chiave: giustizia distributiva; federalismo cooperativo; olio; royalties; uguaglianza federativo; la libertà sostanziale; cittadinanza.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Índices de desenvolvimento humano (IDH)	72
Figura 2 – Índices de desenvolvimento humano microrregiões (IDH)	73

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – princípio da diferença	74
Quadro 2 - situação dos 10 (dez) primeiros colocados.....	125
Quadro 3 - 10 piores no <i>ranking</i> brasileiro	125
Quadro 4 - quadro-resumo: transferências diretas e indiretas dos <i>royalties</i> petróleo Rateio de receitas – Transferências diretas.....	198

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Histórico-resumo da legislação do petróleo no Brasil até o advento da Lei 9.478/1997	183
---	-----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO PARA PARTILHA EQUITATIVA DE RECEITAS PATRIMONIAIS NA FEDERAÇÃO	21
1.1 Breve panorama acerca da concepção de justiça distributiva na visão aristotélica	21
1.2 Justiça Distributiva: fundamentos para promover a distribuição equitativa de recursos públicos na perspectiva de Rawls e de Dworkin.....	24
1.2.1 Considerações introdutórias	24
1.2.2 Refletindo sobre justiça social a partir de um olhar voltado aos arranjos das instituições sociais.....	31
1.2.2.1 Dialogando com questões contemporâneas para entender o funcionamento dos arranjos institucionais.....	31
1.2.2.2 A relação entre Economia, Direito e Estado: resgatando um pouco da história	39
1.2.2.3 O Estado moderno de matriz liberal, o Direito e a Economia: conexões e implicações nas condições de vida em sociedade	40
1.2.2.4 O Direito e o retorno aos valores jurídicos: uma nova forma de perceber o sistema jurídico e suas implicações na efetivação dos direitos humanos	44
1.2.3 Como o modelo de sociedade de Rawls repercute na distribuição de riquezas sociais e a conexão dessa ideia com o federalismo de cooperação	46
1.2.4 O Estado, a justiça distributiva e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades	61
1.2.5 O princípio da diferença como mecanismo para reduzir desigualdades sociais	70
2 FEDERALISMO COOPERATIVO E IGUALDADE FEDERATIVA: fundamentos para promover equalização fiscal com cidadania	78
2.1 Considerações introdutórias	78
2.2 Estado federal e federalismo na concepção contemporânea	80
2.2.1 Estado federal: breve incursão histórica em torno da matriz norte-americana	80
2.2.2 Federação e dualidade interna de ordens político-jurídicas	83

2.2.3	Distinção entre Estado Federação, Estado Unitário e Confederação.....	84
2.2.3.1	Estado Federal vs. Estado Unitário	84
2.2.3.2	Estado Federal vs. Confederação de Estados	88
2.3	Breves notas sobre Estado, receitas públicas e financiamento de direitos fundamentais	90
2.4	A interface entre federalismo financeiro e repartição de receitas públicas.....	93
2.5	Aportes teóricos para compreensão do federalismo como princípio jurídico.....	94
2.7	Federalismo cooperativo como princípio constitucional na Federação brasileira	107
2.7.1	Noção de princípio jurídico na Teoria do Direito	107
2.7.2	Prenúncio do federalismo fiscal cooperativo no Brasil.....	110
2.7.3	Federalismo cooperativo e a interface com a teoria contratualista de Rawls	115
2.7.4	Federalismo cooperativo e repartição de competência: transferência de recursos como mecanismo para redução de desigualdades sociais e regionais	117
2.8	Federalismo cooperativo e liberdade substantiva no Estado Democrático de Direito..	121
2.9	Federalismo financeiro cooperativo e a experiência do federalismo alemão e australiano	127
3	REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE DO PETRÓLEO	131
3.1	Considerações iniciais	131
3.2	Primeiro passo: o que é o petróleo?	131
3.3	O petróleo como bem econômico no contexto da atividade econômica.....	134
3.3.1	O petróleo como bem econômico	134
3.3.2	O petróleo como riqueza que “só dá uma safra”: a rigidez locacional e suas implicações	137
3.3.3	Exploração de petróleo e suas armadilhas: bênção ou maldição?.....	139
3.4	Como pensar o petróleo conforme a perspectiva da justiça distributiva?.....	142
3.5	A propriedade do petróleo no Brasil: A quem pertencem as reservas petrolíferas do pré-sal?.....	144
3.5.1	Regimes Jurídicos Aplicáveis à propriedade do petróleo	144
3.5.2	A propriedade do petróleo na perspectiva do Direito Internacional Público	147

3.5.3	O regime da propriedade do petróleo na Constituição Federal de 1988	151
3.6	Classificação dos bens segundo o Código Civil brasileiro: o petróleo como bem público dominial	158
4	OS ROYALTIES COMO RECEITA PÚBLICA PATRIMONIAL NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA	167
4.1	Conceito de <i>royalties</i> petrolíferos	167
4.2	Os <i>royalties</i> petrolíferos e critérios de partilha no Brasil: um breve esboço histórico	176
4.2.1	Pré-história do petróleo no Brasil	176
4.2.2	A fase dos <i>royalties</i> minerários aos <i>royalties</i> do petróleo	177
4.3	Natureza jurídica dos <i>royalties</i> do petróleo: tributo, compensação financeira ou preço público oriundo da alienação de um bem dominial?.....	184
4.4	Os sujeitos da relação jurídica e o direito aos <i>Royalties</i> : quem tem direito a receber os <i>royalties</i> petrolíferos?.....	189
5	A PARTILHA DOS ROYALTIES PETROLÍFEROS NO FEDERALISMO BRASILEIRO: ANÁLISE EM TORNO DO NOVO REGIME DISTRIBUTIVO DA LEI 12.734/2012.....	195
5.1	Considerações iniciais: o novo sistema de distribuição dos <i>royalties</i> petrolíferos é constitucional?.....	195
5.2	É admissível interpretar a distribuição dos <i>royalties</i> (art. 20, §1º, CF) conjugado com a tributação do ICMS (art. 155, § 2º, X, b, CF/88)?	202
5.3	Questão correlata: Atividade petrolífera e incremento indireto da receita tributária....	212
5.4	O argumento do dano ambiental serve para justificar a partilha dos <i>royalties</i> ?	214
5.5	Questão conexa: receitas petrolíferas, isenção de ICMS: implicações na capacidade financeira do Estado petrolífero	217
5.6	Partilha dos <i>royalties</i> e o argumento histórico baseado no “acordo político” na Constituinte: ruptura do pacto federativo?.....	220
5.7	Federalismo fiscal, Orçamento Público e o argumento do direito adquirido.....	230
5.8	O texto do § 1º do art. 20 da CF/88 e a insuficiência da interpretação gramatical	234
5.8.1	Colocação inicial do problema: como interpretar o art. 20, §1º da CF/88?	234

5.8.2 Exploração de petróleo em áreas marítimas e a necessidade de uma nova interpretação constitucional	237
5.9 Os <i>royalties</i> do petróleo e a distribuição conforme o princípio do federalismo financeiro de cooperação: igualdade federativa e desenvolvimento humano para todos.....	241
5.9.1 Linguagem e interpretação: como interpretar quando há imprecisão no texto normativo?	241
5.9.2 É possível determinar a interpretação mais adequada para o problema da distribuição dos <i>royalties</i> petrolíferos?	244
5.9.3 O petróleo como bem comum e a distribuição dos <i>royalties</i> segundo princípios de justiça distributiva	247
CONCLUSÃO.....	250
REFERÊNCIAS	254

INTRODUÇÃO

A realidade e o sonho

O homem não só sonha, ele constrói a realidade. Como ser ativo e pensante, constrói o mundo, passando a ser o arquiteto da realidade. Esta é idealizada, construída no embate contínuo entre sujeitos humanos e o mundo onde vivem¹.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 20, incisos V, VI e IX, que pertencem à União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, o mar territorial e os recursos minerais.

O § 1º do art. 20 da CF/1988 dispõe ainda que, nos termos da lei, é assegurada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou compensação financeira quando a exploração ocorrer “no respectivo território” ou na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, possibilitando ainda que compensação financeira por essa exploração.

Estabelece ainda o texto constitucional, em seu art. 177, I, que constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, sendo que esse ente da federação poderá contratar empresas estatais ou privadas para a realização dessas atividades (art. 177, § 1º), ou seja, a União poderá transferir para empresas particulares ou estatais a exploração da atividade petrolífera, sendo que esse ato depende da celebração de um contrato.

Em razão da exploração do petróleo pela empresa contratada, a União, como proprietária do bem, tem direito a receber um pagamento ou remuneração em valores definidos em lei. Esse pagamento devido pela empresa extratora do petróleo denomina-se doutrinariamente de *royalties*, que deverão ser objeto de partilha entre os entes federados produtores e não produtores ou, ainda, entre os entes confrontantes e não confrontantes.

Ao longo da história da exploração petrolífera no Brasil, o rateio dos *royalties* decorrente de sua exploração sofreu diversas modificações, geralmente por intermédio de lei ordinária, a exemplo do regramento dado pela Lei 9.478/1997 e também das inovações da Lei 12.351/2019, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo em área do pré-sal, sob regime de partilha.

¹ALENCAR, Oton. Escritor amapaense. A realidade e o sonho. Publicado no jornal *Diário do Amapá*, p. 4, coluna Argumentos, edição de 07.dez.2013.

Diante de um novo cenário que se descortinou no Brasil no campo da exploração petrolífera, principalmente com as descobertas das reservas da camada do pré-sal, foi editada a Lei 12.734/2012, que estabelece um novo arranjo distributivo dos *royalties* petrolíferos. Esse novo regime de partilha ampliou a parcela dessa receita pública a ser partilhada entre os entes subnacionais não confrontantes (Estados e Municípios), o que gerou polêmica e inconformismos por parte dos entes federativos confrontantes (Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo).

Como decorrência dessa insatisfação, os Estados-membros confrontantes às reservas do pré-sal ingressaram com ações diretas de inconstitucionalidade, argumentando que a Lei 12.734/2012 fere o pacto federativo na medida em que geraria o desequilíbrio financeiro na Federação, sendo por isso inconstitucional.

Alegam ainda os autores dessas ações (ADI) que a norma hospedada no § 1º, do art. 20 da CF/1988 é fruto de um “acordo” firmado à época da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, pelo qual caberiam aos Estados petrolíferos os *royalties* correspondentes como compensação à suposta perda de receita decorrente do regime tributário que a CF/81988 adotou para operações interestaduais envolvendo petróleo, combustível e lubrificantes, uma vez que se implantou o regime do destino e não o da origem, o que lhes teria causado a perda de receita tributária.

Lado outro, Estados não confrontantes, como Tocantins, Rio Grande do Sul e Alagoas, ingressaram na qualidade de *amicus curae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4917/DF, arguindo tese contrária, no sentido de que inexistente inconstitucionalidade na lei 12.734/2012.

Como se percebe nesta introdução, o tema concernente à partilha dos *royalties* petrolíferos encontra-se em plena efervescência na federação brasileira e requer que se analise essa problemática sob diversos ângulos e marcos teóricos, com o fim de se apresentar à sociedade solução na sua melhor luz.

Nesse contexto, o objetivo essencial desta tese é o de analisar se a Lei 12.734/2012, ao estabelecer um novo arranjo distributivo das receitas petrolíferas, é inconstitucional porque estaria a ofender o princípio federativo em sua dimensão financeira.

Busca-se ainda verificar se o instrumento normativo em destaque mostra-se compatível com os valores vinculados à justiça social e aos princípios fundamentais perseguidos pelo Estado brasileiro.

Ademais, procura-se saber se a partilha, tal como estabelecida na Lei 12.734/2012, está adequada ao ideal político da sociedade brasileira, que, marcada por graves

disparidades sociais e regionais, reclama por medidas político-jurídicas conducentes à redução dessas assimetrias.

Considerando que os *royalties* do petróleo, enquanto receitas públicas decorrentes da alienação de um bem natural não renovável, cumprem papel importante no Brasil, na medida em que possibilitam reforçar a capacidade financeira dos entes federados, a fim de que possam financiar satisfatoriamente direitos fundamentais sociais, como saúde e educação, questiona-se que critério deve nortear a partilha dessas receitas na Federação brasileira.

A hipótese básica que orienta esta pesquisa é a de que o critério constitucionalmente adequado para promover uma justa partilha dos *royalties* do petróleo no Brasil não é o da proximidade geográfica da unidade federada ao local da extração desse bem, mas o da igualdade entre os entes federados subnacionais, modulada por um arranjo distributivo que assegure equilíbrio financeiro nas relações federativas horizontais.

No capítulo primeiro será apresentada a teoria de justiça de John Rawls, como fundamento para se promover uma adequada distribuição de recursos públicos na sociedade brasileira, visualizada como sistema equitativo de cooperação social. Com vistas ao enfrentamento da questão-problema, utiliza-se de dois princípios dessa teoria: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

No capítulo segundo, será analisada a conexão entre o federalismo de cooperação em sua faceta financeira e a teoria distributiva de Rawls. Para tanto, parte-se da premissa de que o federalismo de cooperação guarda íntima relação com o princípio da diferença, pois alicerçam-se no valor-fonte solidariedade/reciprocidade.

Ainda nesse capítulo será dado destaque ao princípio da igualdade federativa substantiva como fundamento para justificar a exigência de se promover, no contexto das relações governamentais verticais e horizontais, a equitativa transferência de recursos públicos, enquanto mecanismo destinado a equalizar as capacidades financeiras dos entes federados para o financiamento dos serviços públicos em padrão de qualidade similar em todo o território nacional.

No capítulo terceiro, propõe-se a verificar a quem pertence a propriedade do petróleo existente nas faixas marítimas do Brasil e se os Estados e Municípios considerados confrontantes detêm autonomia político-jurídica sobre essas regiões costeiras. O interesse sobre esse ponto relaciona-se ao fato de que as reservas petrolíferas do pré-sal estão localizadas em faixas marítimas.

Dispõe-se, assim, a examinar se as reservas de petróleo do pré-sal estão situadas em áreas pertencentes aos entes federados confrontantes ou se, ao contrário, o petróleo não se

situa sob o domínio político-jurídico de nenhum dos Estados e Municípios.

No capítulo quarto, analisa-se a natureza jurídica dos *royalties* do petróleo, em que se procura saber se é tributo, preço ambiental ou preço público.

No curso dessa parte do trabalho, procura-se ainda analisar como se opera a relação jurídica entre o ente federado proprietário do petróleo e a empresa contratada. Esse estudo pretende demonstrar que as relações jurídicas que tratam das receitas petrolíferas operam-se em dois planos: um que diz respeito à relação entre a União e a empresa extratora do bem e outro entre a União e os beneficiários da partilha dessa receita.

O último capítulo tem, por fim, examinar que critério mostra-se constitucionalmente adequado para promover a partilha dos *royalties* petrolíferos. De um lado, examina-se a corrente que dá ênfase ao critério geográfico, afirmando que, para fins de rateio dos *royalties*, deve-se levar em conta exclusiva ou prevalentemente a proximidade territorial (física) da unidade federada em relação ao local da extração do petróleo. Em lado oposto, a tese de que o critério a ser adotado é o que se baseia no princípio da igualdade federativa, no contexto do federalismo cooperativo.

Nesse percurso argumentativo, defende-se que o rateio dos *royalties* deve representar vantagem equitativa para todos os entes subnacionais e não apenas para alguns. Sendo assim, entende-se que qualquer distribuição que se traduza em favorecimento injustificado em favor de determinados Estados e Municípios não encontra ressonância na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, parte-se de uma abordagem de federalismo financeiro cooperativo na sua interconexão com a ideia de justiça distributiva, em que a sociedade brasileira é visualizada como sistema equitativo de cooperação social e em que cada cidadão brasileiro, por ser portador de valor intrínseco, merece igual consideração.

Em síntese, o trabalho caminha no sentido de demonstrar que a Lei 12.734/2012 faz parte de um contexto jurídico nacional que pretende aprofundar, nas suas máximas possibilidades, o princípio federativo cooperativo, em sua dimensão financeira, como mecanismo conducente à concretização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre os quais o de erradicação da pobreza e o da redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse desiderato, pretende-se mostrar que a lei em destaque insere-se no contexto de um plano jurídico que visa promover equalização fiscal, a fim de que cada ente federado tenha capacidade financeira para financiar adequadamente os serviços públicos que lhes compete prestar, de modo a proporcionar inclusão social, liberdade substantiva e o exercício da cidadania no sentido político-jurídico.

1 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO PARA PARTILHA EQUITATIVA DE RECEITAS PATRIMONIAIS NA FEDERAÇÃO

1.1 Breve panorama acerca da concepção de justiça distributiva na visão aristotélica

Na teoria aristotélica, a justiça é identificada como uma das virtudes cultivadas pelo homem, ao lado da temperança, da coragem, dentre outras, entendendo-a como a virtude que conduz o ser humano a buscar o que é justo e a afastar-se do que é injusto².

Ricardo Castilho informa que, no intuito de definir justiça, Aristóteles partiu da constatação de que o signo linguístico *justiça* (*dikaión*) compreendia dois sentidos na época. Na primeira conotação, justiça correspondia ao que é *legal* (*nomimón*), em conformidade às diretrizes da lei política. Na segunda, justo se identificava com *igual* (*ison*), no sentido daquilo que obedecia a uma igualdade absoluta ou proporcional³.

Seguindo-se a tradição do pensamento aristotélico, adotou-se a expressão justiça geral para se referir à primeira forma de compreensão do termo, enquanto, para a segunda, convencionou-se usar a nomenclatura justiça particular, por seu turno, subdividida em justiça corretiva e justiça distributiva⁴.

A questão agora consiste em saber qual era o sentido da justiça distributiva para Aristóteles. Nesse norte, procura-se examinar se o sentido de justiça distributiva adotado pelo filósofo grego corresponde ao que filósofos contemporâneos entendem por essa categoria, especialmente John Rawls e Ronald Dworkin.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que justiça distributiva conota a ideia de distribuição pública de bens de titularidade comum, tais como riquezas, vantagens e encargos, que devem ser distribuídos entre os membros de uma dada sociedade em razão de fundamentos morais, relacionados à preocupação com o outro⁵.

Sem maior rigor científico, Ulpiano defendia a ideia de que a “justiça é constante e perpétua vontade de atribuir a cada um aquilo que lhe pertence⁶”. Essa definição, entretanto,

² ARISTÓTELES. *Ética a Nicomêno*. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural/Victor Civita, 1984.

³ CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: Desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁴ CASTILHO, 2009, p. 15.

⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁶ Cf. DIMITRI DIMOULIS, essa manifestação foi expressa no Digesto de Justiniano, mediante a expressão

é muito vaga, pois não fornece critérios objetivos para identificar o que pertence a cada um e, nem tampouco, apresenta um fundamento moral da distribuição, fazendo com que o justo dependa de certo subjetivismo, segundo a parêmia “dar a cada um o seu”.

Já Aristóteles compreendia a justiça distributiva como um dever ético pelo qual as pessoas merecedoras teriam a garantia de que seriam recompensadas por suas ações, principalmente quanto aos atos referentes ao seu *status* político.⁷

Ainda é corrente a ideia de que o justo ocorre quando cada pessoa recebe o que merece, seja um bem ou um mal e, de outro lado, o injusto ocorreria quando alguém recebe algo que não merece, também seja um bem ou um mal.

Mas essa posição aristotélica enseja uma reflexão crítica, a saber: que critério estaria sendo usado para definir mérito? E mais, quem estaria autorizado a escolher o critério do merecimento e com base em que fundamento?

A justiça distributiva na perspectiva aristotélica, em contraste com a ideia de justiça comutativa, embora radicasse na ideia de igualdade e de proporção geométrica, adotava como critério do justo a realização de recompensa proporcional ao mérito de cada um, tendo em conta que as “distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’ num sentido qualquer⁸”.

No seu modo particular de conceber a justiça, Aristóteles procura relacioná-la à distribuição de honrarias, de posições de autoridade política ou de riquezas, segundo o critério da proporcionalidade e do propalado mérito.

Segundo Samuel Fleischacker, a justiça distributiva com a qual Aristóteles se preocupa vincula-se, de modo prevalente, aos bens políticos, essencialmente à participação política, visto que na visão do filósofo grego a justiça distributiva consistia no dever de se distribuir a capacidade de votar ou de exercer cargos políticos e só eventualmente havia ocupação com a distribuição de bens materiais e, mesmo assim, apenas em relação a empreendimentos privados e não como exigência imposta ao Estado em favor das pessoas, enquanto portadoras de dignidade⁹.

Com efeito, o pensamento aristotélico corresponde à noção de justiça distributiva formal e não substantiva, sendo bastante reducionista e excludente, na medida em que não se vinculava a um critério que levasse em conta as necessidades das pessoas, enquanto seres

latina “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*” Disponível <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>. Acesso em 30.set.2016.

⁷ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4-5.

⁸ ARISTÓTELES, 1984, p. 125.

⁹ *Ibidem*, p. 31.

humanos, portadores de valor intrínseco no sentido kantiano.

Em certo sentido, ainda que criticável essa ideia de justiça distributiva, não deixa de representar uma conquista da civilização, porquanto afastava a possibilidade de decisão puramente arbitrária.

Por outro lado, essa forma de compreender a justiça tornou-se inadequada para dar respostas a uma multiplicidade de questões de ordem social, mormente as resultantes da vida contemporânea, como a pobreza sistêmica, a exclusão social de minorias, as desigualdades persistentes e crescentes, geradas por fatores arbitrários, fora do controle das pessoas, como as decorrentes do gigante poder financeiro internacional e do mercado de capitais e, bem assim, de injunções políticas.¹⁰

Contemporaneamente, a ideia de justiça distributiva lida com a responsabilidade moral da sociedade para com todos, o que exige uma reflexão do compromisso ético de cada um na busca de metas de outras pessoas que compartilham vivências conosco¹¹, sem se falar da responsabilidade para com os seres futuros, o que nos remete a uma reflexão profunda diante da possibilidade da destruição da humanidade e do planeta, face aos inevitáveis avanços tecnológicos, conforme enfatiza Hans Jonas¹².

Diante do cenário das sociedades contemporâneas, principalmente em países periféricos como o Brasil, onde grassam vulnerabilidade social e graves assimetrias econômicas e sociais, o Estado é chamado a assumir posição distributiva, de sorte a adotar mecanismos distributivos dos recursos públicos, com vistas a propiciar condições existenciais decentes para todos, exigindo medidas concretas que melhorem a prestação de serviços públicos de saúde, de educação, de transporte coletivo, de saneamento básico, entre outros que impliquem desenvolvimento permanente de seus cidadãos.

¹⁰ Cf. RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, 2008, p. 8.

¹¹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli Mendes. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 63.

¹² JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

1.2 Justiça Distributiva: fundamentos para promover a distribuição equitativa de recursos públicos na perspectiva de Rawls e de Dworkin

1.2.1 Considerações introdutórias

Problemas relativos à distribuição de recursos públicos são questões que dão origem a debates políticos, econômicos e jurídicos acirrados, despertando estudos no âmbito da filosofia política, a fim de estabelecer critérios justos capazes de nortear de que modo esses recursos podem ser distribuídos para garantir o desenvolvimento humano de todos no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Com o agravamento das desigualdades sociais e de pobreza injustificáveis, nas sociedades contemporâneas, decorrentes de situações arbitrárias, como a atuação de forças que operam o sistema de mercado e ordenamentos jurídicos que contribuem, a longo prazo, para uma injusta distribuição de riqueza social, o Estado vem sendo desafiado a intervir na realidade social no sentido de reparar o viés das contingências políticas, econômicas, sociais ou naturais¹³ em direção à igualdade equitativa¹⁴, exigindo-se que o ente estatal promova medidas conducentes à redução de acentuados desequilíbrios sociais e, assim, à eliminação da pobreza, porquanto incompatível com a ideia fundamental de que todo ser humano tem igual valor¹⁵ e merece um tratamento que assegure sua dignidade.

Nesse contexto, em razão de conquistas históricas é que os direitos sociais fundamentais¹⁶ foram positivados nas constituições de países de índole democrática como o Brasil, como se vê no rol do art. 6º da Constituição Federal de 1988, dentre outros que detalham melhor esses direitos, como mecanismo para garantir acesso dos menos favorecidos a um sistema de proteção social decente, envolvendo prestação de serviços de educação, previdenciário, de saúde, dentre outros.

Porém, um dos intrincados problemas relacionados à prestação dos direitos sociais diz respeito ao financiamento, ou seja, a demandar debate sobre como distribuir os recursos

¹³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁴

¹⁵ RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27, cuja ideia provém de Immanuel Kant.

¹⁶ Cf. Paulo Bonavides, esses direitos sociais também são designados de direitos de segunda geração ou dimensão. In: *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

públicos para dar máxima efetividade a esses direitos¹⁷, considerando que isso implica altos custos. Aliás, não existe garantia de direitos sem custos, como já demonstrou oportunamente Stephen Holmes e Cass Sustein na obra *The Cost of Rights - Why liberty Depends on Taxes*¹⁸, pois mesmo os direitos fundamentais de primeira dimensão exigem recursos financeiros e devem ser suportados por todos os membros da sociedade. Basta ver que a garantia do direito básico de liberdade de movimento exige que a sociedade, por meio do Estado, financie um sofisticado sistema de segurança e de justiça.

A distribuição de recursos públicos não é uma questão puramente política ou econômica como pode parecer a alguns, mas um problema de dimensão jurídica que exige adoção de aportes teóricos na interface entre Direito e Justiça para seu adequado enfrentamento, valendo enfatizar que na Alemanha essa temática é tratada como problema jurídico, conforme elucida Markus Heintzen.¹⁹

Baseado em lições de Franco Montoro, Eber Santa Helena enfatiza que “a justiça distributiva impõe às autoridades um dever rigoroso, *debitum legale*, de dar a todos os membros da comunidade uma participação equitativa no bem comum, conferindo a esses o direito de exigir essa participação²⁰”.

A teoria de justiça como equidade²¹ constitui-se em referencial teórico que contribui para lançar luzes sobre questões relacionadas à distribuição equitativa de recursos públicos, com vistas a identificar critérios jurídicos que norteiem uma distribuição justa de recursos públicos oriundos dos *royalties* petrolíferos do pré-sal para financiar a educação pública.

Mas, entende-se que a teoria de Dworkin também contribui para buscar solução ao problema da distribuição de recursos a partir das luzes lançadas em sua obra, *Virtude Soberana*²², em que aborda o tema da liberdade e da igualdade com uma perspectiva diferente,

¹⁷ A terminologia *direitos sociais prestacionais* é empregada pela doutrina para distinguir dos direitos de defesa, estes caracterizados por terem uma característica preponderantemente negativa, dado que têm por objeto abstenções do Estado. SALERT, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 261.

¹⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why liberty Depends on Taxes*. New York, Norton, 2000.

¹⁹ HEINTZEN, Markus. A distribuição das verbas públicas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios na República Federal Alemã. In: *Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado*, vol. 2. DERZI, Mísabel Abreu Machado; Batista Júnior, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 445.

²⁰ SANTA HELENA, Eber Zoehler. *Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls*. Publicado em www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/hamdle/id/176536/000842803.pdf? Acesso em 21.jul.2016.

²¹ Originariamente a obra de Rawls foi publicada na língua inglesa com o título *Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971. Antes disso, Rawls escreveu artigos sobre o tema.

²² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

porquanto ele compreende a liberdade como dimensão da igualdade de recursos.

Em sua teoria, Dworkin não inclui a distribuição de liberdade como faz Rawls, porque pressupõe já terem sido ajustados no leilão hipotético ou imaginário, correspondente ao momento da distribuição dos recursos, em que a distribuição igualitária desses recursos não ocorrerá segundo preferências pessoais e nem com base no bem-estar, mas levando-se em conta as liberdades que as pessoas valorizam na sociedade e segundo o grau de importância delas para as pessoas²³.

Para Dworkin, a garantia de cada liberdade em sociedade implica um valor (custo), daí porque só pode ser oferecida como direito dos cidadãos mediante a aplicação de recursos materiais, escassos, o que demanda uma tarefa distributiva baseada na igualdade normativa entre os participantes do “leilão” imaginário.

Por ora, fica-se com essa ideia preliminar sobre o pensamento de Dworkin, de vez que, adiante, pretende-se ampliar a comparação entre o pensamento dele e o de Rawls, mas com vistas a extrair o mais adequado de ambas as teorias para o fim desta pesquisa.

Em relação ao pensamento de Rawls, o primeiro passo se dá no sentido de abordar as ideias fundamentais de sua teoria, tal como expressa em teoria da justiça²⁴, depois aperfeiçoada em Justiça como equidade: Uma reformulação²⁵, além de O liberalismo político²⁶ e de Justiça e democracia²⁷.

Em uma visão geral, a teoria rawlsiana propõe-se a apresentar princípios de justiça ordenados em forma sequencial, com vistas a servirem de diretrizes para um arranjo distributivo justo em uma sociedade democrática, em que todos os seus membros possam usufruir, equitativamente, das vantagens e riquezas sociais.

Em sua argumentação, Rawls demonstra que a situação de qualquer cidadão torna-se mais vantajosa quando as pessoas vivem em uma sociedade igualitária, que adota os princípios de justiça de fundo do que se dependessem apenas de seus próprios esforços.

Em linha complementar, pode-se afirmar que as pessoas vivem muito melhor em sociedades democráticas, que praticam justiça distributiva, do que naquelas que vivenciam modelos de sociedades “extrativistas”, caracterizadas por restrições à liberdade em razão da dominação política centrada numa pequena elite que não dá espaço para “destruição

²³ DWORKIN, 2013, 189.

²⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁵ RAWLS, *Justiça como equidade: Uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁶ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁷ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

criativa²⁸”. Nas sociedades extrativistas, imperam elevadas taxas de desigualdades sociais, conflitos de várias ordens e disputas intermináveis pelo poder, ficando fadada a ter vida curta, pois é incapaz de construir uma economia sustentável, tal qual imperou na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas²⁹.

No curso desta tese, adotar-se-ão também aportes teóricos de Ronald Dworkin, especialmente no que tange à teoria da igualdade de recursos³⁰ pela sua pertinência aos fins da investigação e, assim, aspectos da teoria Desenvolvimento como Liberdade³¹ de Amartya Sen, principalmente quando coloca o desenvolvimento humano como meta fundamental da justiça.

Nessas condições, Amartya Sen desloca a perspectiva de análise do crescimento econômico, na medida em que deixa de ser um fim para se converter em instrumento pelo qual se alcança o desenvolvimento humano, sendo essa a ideia norteadora da criação do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, como critério de avaliação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, o qual leva em conta três variáveis sociais: educação, saúde (longevidade) e renda³².

Em virtude do novo enfoque, a noção de crescimento do Produto Interno Bruto *per capita* só tem sentido se significar, em primeiro lugar, o desenvolvimento das pessoas envolvidas no processo econômico. Assim, não é suficiente avaliar um país apenas da perspectiva do crescimento econômico. Acima de tudo, o crescimento só tem valia se importar em melhoria das condições existenciais das pessoas, em termos de saúde, educação e renda.

Quando o foco da sociedade é o desenvolvimento das pessoas, estas se tornam sujeitos da história, passam a vencer a pobreza cognitiva e política, tornam-se aptas para vencer os desafios da contemporaneidade, deixam de ser massa de manobra nas mãos de uma elite dominante que lhes rouba a possibilidade de realizarem seus sonhos.

Embora se reconheça a necessidade de superação da pobreza material, urge que se combata, com igual força, a pobreza educacional, a pobreza de pensar criticamente, a pobreza política e a pobreza que impede os cidadãos de ter uma percepção política da pobreza e de que

²⁸ Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, na “destruição criativa” há espaços democráticos para produção criativa e inovadora, o que conduz a novas tecnologias, voltando-se a reinvestir nessas áreas para novos avanços. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Tradução Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 117-118.

²⁹ ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 117-118.

³⁰ Cf. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

³² *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano- PNUD*. Disponível em <http://www.undp.org/content/brazil/pt/homem/idh.htm>. Acesso em 14.ago.2016

a desigualdade não é um fenômeno natural, mas forjado ao longo do tempo por políticas econômicas com ênfase no crescimento econômico, na desregulação do mercado de capitais.

Não se pode desconsiderar que o crescimento econômico e a economia de mercado não constituem fins em si mesmos, mas meios para propósitos mais fundamentais, que é o desenvolvimento das potencialidades das pessoas para se tornarem seres pensantes, preparados para enfrentar e encontrar soluções aos desafios cotidianos, próprios de uma sociedade altamente complexa.

Na trilha, vale trazer uma palavra de Pedro Demo quando aduz:

Pobreza cabal é ser tolhido de conceber e realizar projeto próprio e efetivo contra ela. Este “não ser” é o cerne do “não ter”. Diz-se que o sistema não teme pobre com fome, teme pobre que sabe pensar. Nesta alegação, traduz-se claramente a percepção política da pobreza, sobretudo a tática da elite de evitar que o pobre se torne sujeito capaz de história própria. Políticas sociais compensatórias cabem aí como a luva na mão: sistema manipulativo de comunicação e informação, aprendizagem mínima nas escolas públicas, estigmatização clássica do professorado (...)³³

Com efeito, a expansão das liberdades de escolha, resultante da apropriação do conhecimento qualificado, que estimula a capacidade de pensar reflexivamente, passa a ser vista como fim da sociedade, e o crescimento econômico, por seu turno, condição para o atingimento desses objetivos, inclusive da meta da cidadania substantiva, destacando-se, desde logo, que a ideia de cidadania substancial relaciona-se à possibilidade concreta de se atuar como agente criativo e transformador do espaço geográfico e social, o que requer o componente da educação crítica, reflexiva e, portanto, de qualidade.

Como as teorias de Rawls e de Dworkin podem contribuir para promover uma justa distribuição de recursos públicos no Brasil, para fins de financiar a educação vinculada ao padrão de qualidade previsto constitucionalmente?

Embora a teoria da igualdade de Dworkin apresente pontos divergentes em relação à teoria de justiça de Rawls, ambas situam-se como teorias da vertente do liberalismo igualitário, nelas havendo aspectos conciliáveis, mesmo porque esses autores têm uma preocupação central com a justiça distributiva que garanta dignidade para todos.

Conquanto divirjam em certos conceitos, essas doutrinas partem de um ponto fundamental da filosofia política e moral, a de que todo ser humano tem um valor igual na perspectiva política e normativa, de modo que tanto Rawls, quanto Dworkin, convergem quanto à ideia-fonte de que toda pessoa é dotada de dignidade, não admitindo que sejam vistas como meio, senão como um fim em si mesmas, razão pela qual todos merecem igual

³³ DEMO, Pedro. *Pobreza da Pobreza*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 41-42.

consideração na distribuição de riquezas e recursos materiais.

Noutro giro, pelo fato de as pessoas possuírem um valor intrínseco, elas têm direito de usufruir de condições materiais mínimas durante suas existências, não sendo tolerável que fiquem excluídas do desenvolvimento econômico. Afinal, elas merecem ser tratadas como iguais, segundo critério de igualdade equitativa ou normativa, para fins de participação no esquema distributivo.

Há, todavia, um modo diferente de colocar a liberdade na teoria dworkiana, de vez que Dworkin não trata os direitos individuais como faz Rawls, que os dispõe no esquema distributivo, fazendo até uma lista desses direitos, tais como direito à liberdade de expressão, liberdade de movimento e de livre escolha de ocupação, direito à liberdade religiosa, à liberdade política iguais para todos³⁴, entre outros. Já Dworkin defende a ideia de que o objeto do arranjo distributivo é o direito de cada pessoa em certa quantia ou parcela de recursos³⁵, não focando a distribuição de direitos de liberdade.

Por que Dworkin não pensa na distribuição de direitos de liberdade?

Porque, para ele, os valores liberdade e igualdade estão posicionados no mesmo plano e não em planos hierárquicos, separados, como imagina Rawls.

Assim, na perspectiva de Dworkin, liberdade e igualdade distributiva são visualizadas como faces da mesma moeda, ou seja, como componentes inseparáveis, pois um valor implica o outro. Desse modo, quando se garante igualdade de recursos às pessoas, por consequência, haverá um efeito direto na liberdade, permitindo-lhes fazer suas escolhas no mercado ou em qualquer outra dimensão da vida.

Partindo dessa premissa, segue argumentando que, considerando que o arranjo distributivo tem como foco a igualdade de recursos, a liberdade passa a ser um aspecto da igualdade, mesmo porque ambos os valores fazem parte do mesmo ideal político³⁶.

Considerando que o problema desta tese envolve distribuição de recursos públicos para educação e não recursos privados, adota-se uma postura conciliatória em relação às duas teorias postas, notadamente quanto aos aspectos mais adequados à melhor compreensão do fenômeno em análise - distribuição dos *royalties* petrolíferos – e sua vinculação à educação pública, segundo a realidade brasileira, que difere, em certas variáveis, da norte-americana.

Em vista dessa postura, Dworkin discorda da ideia de igualdade segundo a qual as pessoas “são tratadas como iguais quando o esquema de justiça distribui ou transfere recursos

³⁴ RAWLS, 2003, p. 82-83.

³⁵ DWORKIN, 2011, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 158.

entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar³⁷”.

Ao contrário dessa visão, Dworkin, ao defender a ideia de igualdade de recursos, sustenta que a sociedade trata as pessoas como iguais quando os distribui de maneira que “nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos³⁸”.

Com efeito, considerando que se busca identificar o critério jurídico que propicie uma justa distribuição de recursos públicos para a educação pública, com o fim de aperfeiçoar o financiamento desse direito, de modo a induzir ao incremento qualitativo da prestação estatal para que todos tenham condições materiais iguais em educação, avalia-se como perfeitamente possível conciliar pontos relevantes das teorias de John Rawls e de Dworkin para análise do fenômeno objeto desta pesquisa.

Um ponto distintivo na teoria rawlsiana propõe que sejam os princípios de justiça aplicados de forma serial, havendo entre eles uma ordem de prioridade.

Segundo a teoria de Rawls, os princípios têm conteúdos precisos, expressos conforme adiante colocados e devem ser aplicados seguindo a ordem disposta a seguir:

- (a) cada pessoa deve ter o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- (b) as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)³⁹.

De acordo com a disposição serial, o primeiro princípio (igualdade básica de liberdades) tem precedência em relação ao segundo (princípio da igualdade equitativa de oportunidades) que, por sua vez, precede ao princípio da diferença.

Na prática, isso significa que a aplicação do princípio da diferença pressupõe que o princípio anterior já foi satisfeito. Da mesma maneira, ao se aplicar o segundo princípio (igualdade de oportunidade) pressupõe-se que o primeiro também já teve aplicação.

Como visto, a ordem lexical estabelecida por Rawls faz com que a liberdade tenha prioridade em relação ao princípio da igualdade de oportunidades e, assim, quanto ao princípio da diferença, de modo que as “reivindicações de liberdades devem ser satisfeitas

³⁷ DWORKIN, 2011, p. 4.

³⁸ *Ibidem*, p. 5

³⁹ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

primeiro⁴⁰.

Como separar a liberdade da garantia de igualdade de recursos básicos?

Que adianta garantir liberdade de escolha ou de oportunidades aos cidadãos se essa liberdade for acentuadamente restringida por instrumentos tributários iníquos que, sem respeitar a capacidade contributiva, subtraem, indiretamente, parcela substancial da capacidade econômica das pessoas?

Sendo assim, entende-se que a interpretação dada por Dworkin, quando coloca no mesmo plano os valores liberdade e igualdade como componentes do mesmo ideal político, afigura-se mais adequada para a sociedade que pretende ser igualitária, garantidora, simultaneamente, da liberdade em suas várias dimensões e da igualdade no financiamento de prestação de direitos fundamentais sociais, o que também atrai a ideia de desenvolvimento como liberdade, no modo proposto por Amartya Sen.

Embora sofra críticas, a teoria de Rawls mostra-se bastante interessante quanto ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades para o fim de assegurar condições educacionais dignas aos cidadãos brasileiros, ainda mais diante do ideal de uma atuação estatal conducente à redução das desigualdades sociais que importe em prestação de serviços públicos em igualdade de condições materiais básicas, sem qualquer diferença em razão da localização geográfica ou da expressão econômica da unidade da federação, como forma de proporcionar um sentido de cidadania compatível com o Estado Democrático de Direito.

1.2.2 Refletindo sobre justiça social a partir de um olhar voltado aos arranjos das instituições sociais

1.2.2.1 Dialogando com questões contemporâneas para entender o funcionamento dos arranjos institucionais

Neste tópico, pretende-se demonstrar, à luz da teoria rawlsiana, que o ideal de justiça distributiva, ancorado nos ideais de liberdade e de igualdade, passa essencialmente pela forma como se conectam, em uma sociedade, as relações econômicas, o poder político e a dimensão jurídica. Numa palavra, a justiça substancial depende do modo como se articulam os funcionamentos da Economia, do Estado e do Direito.

⁴⁰ RAWLS,

Essas dimensões - a econômica, a política⁴¹ e a jurídica - compõem-se como estruturas articuladas, que cumprem funções, segundo determinados valores políticos (valores-guia), destacando-se que, em razão do arranjo entre essas realidades, estabelecem-se os direitos e deveres dos cidadãos, determinando-se também a forma de distribuição da riqueza produzida socialmente, que pode operar equitativamente ou em sentido oposto, gerando gritantes desigualdades.

A essa forma de arranjo das instituições sociais Rawls denominou de “estrutura básica” da sociedade, configurando-se como o objeto precípua da justiça distributiva⁴². Nessa linha de pensar, não é possível compreender como a riqueza e as vantagens são distribuídas em uma dada sociedade sem um olhar para a forma como se articulam as instituições que interagem permanentemente na sociedade, entre as quais o Direito⁴³.

Coerentemente, a justiça distributiva em Rawls não tem outro propósito senão o de estabelecer uma ordenação, com base em princípios, que garanta equalização social e econômica, propiciando que todos participem dos benefícios econômicos, permitindo que os menos favorecidos tenham proteção contra efeitos danosos de forças econômicas supraestatais, como as do mercado financeiro e de capitais, que acabam por conduzir a desigualdades sociais persistentes e crescentes.

Na era da globalização econômica, marcada pelo poderio do mercado financeiro internacional, as pessoas estão à mercê de forças que fogem ao seu controle, levando-as a fragilidades econômicas, à zona de exclusão social, tornando-as desprovidas de dignidade e de segurança existencial⁴⁴ e, no mais das vezes, essas pessoas não conseguem compreender que seus estados de precariedade decorrem de manipulações, de decisões político-econômicas calculadas, como a doutrina da liberação dos mercados de capitais⁴⁵.

⁴¹ O termo *política* empregado no texto corresponde aos fatores institucionalizados que determinam uma prática social, inclusive de cunho ideológico.

⁴² RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 8.

⁴³ Karl Marx tem uma visão diferente da forma como o Direito interage com as atividades econômicas. Para ele, a sociedade é organizada em dois níveis, a “infraestrutura” e a “superestrutura”. As instituições jurídicas, assim como o Estado e a Política, fazem parte da superestrutura, enquanto o modo de produção da economia (relação capital e trabalho) insere-se no conceito de infraestrutura, que corresponde à base econômica ou base material da sociedade. Nessa perspectiva, o Direito como parte da superestrutura (estrutura cultural ou ideológica) ocuparia posição acima da base econômica, mas estaria, segundo Marx, condicionado pela base material, ou seja, as instituições jurídicas não seriam independentes, mas conformadas pela infraestrutura, desenvolvendo-se em função dos interesses das classes dominantes que detêm o controle dos meios de produção econômica (bens de capital). Numa palavra, no pensamento marxista, a infraestrutura condiciona o pensamento jurídico, daí porque essa teoria apela para a mudança radical da base econômica como forma de modificar o conjunto da sociedade. SOARES, Fernando Luso. *Introdução à Política I: Domínios da Organização Social: Estrutura (ou Base) e Superestrutura*. Disponível em <<https://www.marxists.org>>. Acesso em 30.set.2016.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 17-28.

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 21.

Mais grave ainda é o fato de os fenômenos da desigualdade, da marginalização, da pobreza e da exclusão social serem tratados, não raras vezes, como questão da lei e de ordem e não como resultantes de um processo econômico excludente, baseado na excessiva acumulação que, em articulação com a estrutura jurídica, possibilitam uma série de violação a direitos básicos. Ao se dar uma interpretação equivocada a esses fenômenos sociais, desloca-se o foco do problema - o de ser uma questão de justiça social - para situá-lo, inadequadamente, como questão criminal, conforme enfatiza Zygmunt Bauman⁴⁶.

Colhe-se aqui um exemplo bem próximo de nossa realidade para ilustrar essa relação que se vem desvelando. A forma como o Estado brasileiro, por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tem tratado, normativamente, ao longo de anos, os produtores de queijo artesanal de Minas Gerais, revela uma face injusta dessas instituições.

É que, dadas as pesadas exigências sanitárias impostas aos produtores artesanais, eles ficam, na prática, impossibilitados de oferecer seus produtos no mercado consumidor, sendo obrigados a venderem suas produções na condição de “clandestinos” para os “atravessadores”, os quais, por já possuírem uma marca de queijo “registrada”, conseguem revendê-los no mercado formal (instituição econômica), usando seus rótulos⁴⁷.

E, pior que isso. Quando esses pequenos produtores rurais são flagrados pela ação fiscalizatória estatal, são tratados como “foras da lei” ou clandestinos e, em nome da “lei” e do Estado, seus produtos são apreendidos, causando-lhes constrangimentos e humilhações, sem se cogitar das sequelas econômicas e psicológicas, ante ao fato de ser-lhes arrancado o resultado de horas de árduo trabalho que, não fosse a injusta ação estatal, garantir-lhes-ia comer, com dignidade, o pão de cada dia.

Afora as ofensas à dignidade e o prejuízo patrimonial, essas ações draconianas têm outros desdobramentos, uma vez que muitos produtores, por quedarem-se diante da força estatal, acabam por desistir de suas atividades queijeiras, restando-lhes como alternativa o ingresso na fileira dos beneficiários do Programa “Bolsa Família⁴⁸”. Já a seus filhos resta um destino ainda mais sombrio, ou seja, o de migrarem para os grandes centros urbanos na esperança de conquistar algum trabalho, na condição de mais um no meio da multidão⁴⁹ ou,

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt, 2016, p. 71.

⁴⁷ PRETE, Esther Külamp Eyng. *Efetividade dos direitos sociais e sua dimensão econômica: Relação entre Lei, Inclusão e Prosperidade*. Dissertação defendida recentemente (2016) perante Banca Examinadora da faculdade de Direito da UFMG, sob orientação da Prof^a Dr^a Fabiana de Menezes Soares. Autorizada a divulgação parcial ou total. Registro na biblioteca: P942e.

⁴⁸ O “Bolsa Família” é um programa de transferência direta de renda instituído pelo Governo brasileiro com o fim de combater a pobreza.

⁴⁹ Às vezes essas pessoas, sem oportunidades de escolhas, sujeitam-se a ser candidatas ao pior emprego, oferecidos nos grandes centros urbanos, nos quais passam a figurar como destituídas de voz, “invisíveis” na voz

em menor proporção, aventurar-se a disputar vaga em uma universidade pública, em condições desfavoráveis, em regra.

Poder-se-ia citar inúmeras outras situações de injustiças e de exclusão social, associadas às injunções econômicas, políticas e jurídicas, como a ocorrente com a criação do Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque⁵⁰, dentre tantas outras na Amazônia brasileira.

No caso aventado, verifica-se que a ação estatal, manejando instrumental jurídico para atender, prevalentemente, interesses econômicos internacionais que impuseram um ônus terrível ao Estado do Amapá, acabou por afetar drasticamente diversas populações ribeirinhas, tradicionais e indígenas que, antes da criação dessa unidade ambiental, podiam usufruir normalmente dos recursos naturais lá existentes. Já agora não, sob pena de serem tratados com os rótulos de invasores, clandestinos e criminosos.

No discurso oficial, coloca-se que esse Parque tem por objetivo central assegurar a preservação dos recursos naturais e da diversidade biológica. Mas, ao contrário desse “véu discursivo”, a realidade revela que sua criação decorre de um jogo de interesses da política econômico-ambiental internacional, que visa mitigar os efeitos da lógica desenvolvimentista do sistema capitalista.

Acontece que essa lógica econômica desconsidera o *modus vivendi* das populações nativas, fazendo surgir diversos conflitos na região, a exemplo do que vem ocorrendo na Vila Brasil, situada à margem do Rio Oiapoque⁵¹ que, em razão do Parque, não mais pode circular livremente na região e nem fazer exploração sustentável.

Com essa medida “conservacionista”, a percepção dos brasileiros afetados, que não recebem nenhuma compensação financeira pelos relevantes serviços ambientais prestados à humanidade, é de que, no fundo, trata-se de um neocolonialismo de faceta ambiental, isto é, uma nova forma de colonialismo, agora com roupagem verde, tão bem ao gosto do discurso desenvolvimentista contemporâneo.

Nesse ambiente econômico-jurídico-político, a teoria rawlsiana torna-se apropriada para contribuir no sentido do enfretamento das consequências perversas de uma

de Pierre Boudieu, ou de menos favorecidas, como pronuncia John Rawls.

⁵⁰ O Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque constitui-se na maior área de floresta tropical do planeta e foi criado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, por meio de Decreto de 22 de agosto de 2002, invocando o art. 84, inciso IV da Constituição e o disposto no art. 11 da Lei nº 9.985/2000, sob o discurso de assegurar a preservação dos recursos naturais e da diversidade biológica, bem como de proporcionar a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação, de recreação e turismo ecológico. Interessante registrar que esse parque está localizado nos Estados do Amapá e Pará, possuindo uma área total aproximada de 3.867.000 hectares.

⁵¹ CHELALA, Cláudia; SOARES, Christianni Lacy. O caso de Vila Brasil no Parque Nacional de Montanhas do Tumucumaque. *PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP*, Nº 2. Dez.2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br>. Acesso em 16.set.2016.

ordem econômica que empurra milhões de pessoas para a clandestinidade, o desemprego, a marginalidade e os bolsões de miséria, sem que possam desenvolver suas potencialidades.

Tem mais. Essa concepção de justiça deduzida por Rawls se expressa em princípios, conforme já mostrados linhas atrás, os quais dão as condições necessárias para promover uma justa distribuição de direitos, deveres e riquezas como forma de garantir condições existenciais dignas a todos, situação que requer tratar a todos com igual consideração.

A dignidade é compreendida como valor intrínseco de cada pessoa humana, associada aos direitos humanos, tal como o direito ao desenvolvimento, independentemente de posição social, condição econômica ou conduta da pessoa. Em razão da dignidade de cada pessoa, não se tolera discriminação relacionada a sexo, idade, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, localização geográfica, posição filosófica ou religiosa.

Nessa esteira, Daniel Sarmiento sustenta que “a dignidade é *ontológica*, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas⁵²”.

A teoria de Rawls compartilha dessa ideia de dignidade, constituindo-se em ponto firme de partida em sua teoria, pelo que sua concepção de justiça não é de ordem formal, nem se reporta à questão de acesso ao poder judiciário, embora isso seja imprescindível nas sociedades democráticas, mas, para além desse aspecto, a teoria do filósofo dirige-se para algo bem mais profundo e complexo, a “estrutura básica” da sociedade (*basic structure of society*), como ele próprio expressa:

Nosso tema, porém, é o da justiça social. Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais, precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social⁵³.

Nesse passo, surge a indagação: por que a preocupação central de Rawls repousa na “estrutura básica” da sociedade?

Mas antes dessa pergunta, outra questão ocorre: o que se compreende por estrutura básica da sociedade?

A resposta a essas indagações é fundamental para se compreender a teoria rawlsiana em suas várias facetas.

Nessa primeira aproximação, Rawls já delinea que a distribuição de direitos,

⁵² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 104.

⁵³ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 8.

deveres e riquezas na sociedade é fator que vai implicar nas condições existenciais dos cidadãos, o que depende de como essa estrutura básica se articula em toda a sua complexidade.

A estrutura básica diz respeito ao modo como as principais instituições políticas (constituição política, Estado), as estruturas econômicas (regime de mercado, de propriedade, de contrato, dentre outros) e sociais⁵⁴ estabelecem os arranjos para distribuir os direitos e deveres fundamentais, bem como o acesso aos bens, à propriedade e às oportunidades, inclusive educacionais⁵⁵.

Nas palavras do próprio filósofo, a estrutura básica da sociedade deve ser entendida como:

(...) **a maneira pela qual as principais instituições sociais se arranjam em um sistema único**, pelo qual consignam direitos e deveres fundamentais e a estruturam a distribuição de vantagens resultante da cooperação social. A constituição política, as formas de propriedade legalmente admitidas, a organização da economia e a natureza da família, todas, portanto, fazem parte. O objetivo inicial da é chegar a uma concepção cujos princípios primeiros forneçam respostas razoáveis às questões clássicas e familiares da justiça levadas a esse complexo de instituições⁵⁶. (destaques apostos).

Trata-se assim de um enfoque teórico sistêmico, relacionado à justiça de fundo, que se fundamenta em alguns princípios, permitindo aduzir ser uma abordagem bastante diferente das teorias de justiça até então formuladas, tendo em vista as relações entre a realidade econômica, a dimensão política e a jurídica.

Na perspectiva rawlsiana, é no âmbito da estrutura básica que as pessoas tomam decisões, projetam suas vidas, desenvolvem suas habilidades, suas faculdades morais, tornando-se cidadãos plenamente cooperativos⁵⁷, sendo que nela se manifestam a justiça de fundo que estimula atitudes de otimismo, o senso de tratamento decente e de confiança no futuro⁵⁸.

Vale reforçar que os componentes da estrutura básica, economia de mercado, instituições políticas e jurídicas interagem e condicionam a prática social. Nesse âmbito, o Direito não é simplesmente um conjunto de normas jurídicas, como colocam alguns manuais. O Direito não se limita às leis ou às normas jurídicas, nem tampouco aos processos judiciais.

⁵⁴ BRAGA, Raphael Brasileiro. *O foco na estrutura básica: pressupostos para uma sociedade justa segundo John Rawls*, p. 118. Argumentos, Ano I, N°. 2 – 2009. Disponível em www.peridicos.ufc.br/index.php/argumentos/article/viewFile/195/195. Acesso em 21.08.2016.

⁵⁵ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 8.

⁵⁶ RAWLS, *Justiça e democracia*, p. 3-4.

⁵⁷ RAWLS, *Justiça como equidade*, 2003, p. 80.

⁵⁸ RAWLS, 2003, p. 81.

O Direito é fenômeno social complexo⁵⁹, conectado a uma dimensão moral, que lhe dá fundamento e diretrizes para as condutas em sociedade, inclusive as que se estabelecem no mundo prático dos negócios e na vida política. O Direito como parte da estrutura básica da sociedade interage com a ordem política, refletindo as injunções que ocorrem naqueles planos. Argumenta-se, com isso, que o Direito não está solto, desconectado de uma dimensão mais ampla, a estrutura básica da sociedade.

Em exame ao fenômeno jurídico, Tércio Sampaio elucida que, de um lado, o Direito pode servir como instrumento para nos proteger contra os abusos e as arbitrariedades dos tiranos, assim como para garantir vantagens aos desfavorecidos ou dar oportunidades iguais a todos.

Mas o Direito pode, por outro lado, ser usado para produzir efeitos danosos aos mais vulneráveis. Tal pode ocorrer se for operado como um “instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos favorecidos”, permitindo seu uso como “técnica de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas⁶⁰”.

A confiança dos cidadãos no sistema social, caracterizado por arranjo institucional que promove justiça de fundo, reduz complexidades, propiciando expectativas legítimas e um ambiente que permite tomar decisões seguras segundo as diversas possibilidades que o sistema oferece⁶¹.

Dependendo da forma como se dá o arranjo institucional da estrutura econômica, poderá gerar justiça ou injustiça aos membros da sociedade, como bem explicitam Onofre Batista Júnior, Ludimila Oliveira e Tarcísio Magalhães, com base em pronunciamento de Joseph Siglitz:

Ora, o modo como a economia, os mercados, o sistema financeiro, monetário e de crédito, a propriedade privada, incluindo (ou não) um regime de propriedade intelectual, os contratos, as inúmeras regras obrigacionais, leis trabalhistas e consumeristas, (sejam mais ou menos protetivas), a existência de sociedades empresariais privilegiadas pelas regras de limitação de responsabilidade de sócios, e assim por diante, é resultado de uma série de escolhas políticas e institucionais, que podem atuar tanto a favor como contra a desigualdade⁶².

Na teoria de Rawls, a concepção política de justiça, orientada por princípios

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 17.

⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito; técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9-10.

⁶¹ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36-37.

⁶² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; OLIVEIRA, Ludimila Mara Monteiro de. Liberalismo, desigualdade e Direito Tributário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 110, p. 217-272. Belo Horizonte: n.110, jan./jun.2015, p. 229.

substantivos, que cumprem o papel de reger a estrutura básica dessa sociedade, está alicerçada em valores públicos de justiça para ser aplicada em uma sociedade democrática que persegue um ideal, em que o mercado é uma estrutura indispensável no sistema, mas não pode ser encarado como um fim, senão como meio em função do homem, enquanto ser que não pode ser desconsiderado quanto ao acesso aos bens produzidos no sistema⁶³.

Uma das premissas de análise de Rawls reside no fato de que nas relações econômicas e sociais instauram-se conflitos de interesses acirrados, face a disputa constante por mercados e por bens escassos, exigindo-se a adoção dos princípios de justiça para regular a forma de distribuição apropriada de direitos e deveres, benefícios e vantagens, bem como para equalizar as disparidades sociais e econômicas⁶⁴.

Assim, para fins de justiça distributiva, a Economia, a Política (Estado) e o Direito não podem ser vistos como realidades estanques ou incomunicáveis, tendo em vista serem, na prática, instâncias interconectadas, na medida em que compõem um sistema único, guiados por objetivos bem delineados, como uma trilha condutora dos componentes institucionais.

Oferece-se, como caso ilustrativo dessa interconexão, a atuação dos Estados Unidos, por meio do Governo Federal, no século XIX, quando criou infraestrutura, financiou pesquisa científica e tecnológica e capacitação de alto nível para impulsionar a produção agrícola em escala naquele país, fator que forneceu as condições fundamentais para promover a industrialização⁶⁵.

Em tempos hodiernos, colhem-se outras situações que desvelam essa relação entre Economia e Estado, como elucida Mariana Muzzacato em sua obra *O Estado empreendedor*, quando argumenta sobre o maciço investimento realizado pelos EUA para estabelecer as bases da inovação tecnológica no Vale do Silício, fator que deu as condições necessárias ao lançamento de um dos produtos mais cobiçados pelos consumidores do planeta, os equipamentos da marca Apple⁶⁶.

Os exemplos trazidos à baila servem para mostrar, entre outras coisas, não haver dicotomia rígida entre o setor público e o privado, enquanto componentes da estrutura básica da sociedade. Ambos funcionam de modo articulado e produzem fortes efeitos nas relações sociais. Contudo, necessário esclarecer que o Estado precisa ser um condutor ético e

⁶³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ª ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 304.

⁶⁴ FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa* a 42, n.165, jan/mar. 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/206/R165_05.pdf?sequence=4>. Acesso em 10.08.2016.

⁶⁵ STIGLITZ, Joseph E. Prefácio à obra *A grande transformação: As origens de nossa época*. POLANYI, Karl. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. XXI.

⁶⁶ MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Tradução Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Pinguim, 2014.

distributivo nesse processo, para evitar que a riqueza produzida fique nas mãos de poucos.

Os casos apresentados mostram que o Estado pode cumprir um papel estratégico na condução da política econômica, direcionando verbas orçamentárias para pesquisas, para educação de ponta, para inovação tecnológica e infraestrutura, dando as condições necessárias para incrementar a economia e resultar em benefícios para a sociedade.

À guisa de comentário, salienta-se que na obra citada a autora enfatiza haver um discurso pernicioso, bastante difundido, de que o Estado é ineficiente e por conta dessa situação deve ter um papel mais restrito na economia, alegando-se ainda que o ente estatal não possui capacidade para alavancar inovação e de não ser um “visionário” em investimentos, pelo que deve cuidar de competências básicas como segurança e educação⁶⁷.

Retornando à teoria de justiça como equidade, Rawls esclarece que o modo como se dão os arranjos da estrutura básica da sociedade tem efeitos duradouros na vida das pessoas, repercutindo em suas condições materiais durante toda a existência, reverberando também nas gerações vindouras, não sendo possível, portanto, justiça social, quando a estrutura básica não for articulada adequadamente para produzir efeito distributivo.

1.2.2.2 A relação entre Economia, Direito e Estado: resgatando um pouco da história

Apesar de a economia ter suas leis próprias, como a clássica lei da oferta e da demanda⁶⁸, a lei do menor esforço e da livre concorrência, essas leis são insuficientes para estabelecer a estabilidade e regular as relações sociais de dimensão econômica, dada a complexidade dos fenômenos econômicos e em razão de vários fatores relacionados ao interesse individualista dos seres humanos⁶⁹.

A história demonstrou não ser verdadeira a doutrina dos economistas clássicos, entre os quais Adam Smith, no sentido de que as leis econômicas são de ordem natural e providencial, cujos efeitos supostamente os homens não poderiam evitar e que, em razão da ação “natural” desses postulados, ocorreria o equilíbrio automático do mercado, a ser

⁶⁷ MAZZUCATO, 2014, p. 41-43.

⁶⁸ A lei da oferta e da procura foi cunhada singelamente por Adam Smith como “mão invisível” e expressa a ideia de que em um mercado livre a oferta e a procura ditam a dinâmica econômica, ou melhor, o preço dos produtos no mercado. *A riqueza das nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

⁶⁹ DENARI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73-74;

conduzido pela “mão invisível⁷⁰”.

A história econômica mostrou, entretanto, que a propalada “lei invisível”, por si só, não conseguiu estabelecer o equilíbrio e a segurança que os agentes econômicos tanto precisavam.

Ao longo da história econômica moderna surgiram diversos complicadores para os agentes econômicos, como os oligopólios, prática de trustes, concorrência desleal e terríveis conflitos comerciais, formando um conjunto de práticas econômicas nocivas à sociedade e ameaçador ao próprio sistema econômico.

Esses fatos vieram justificar o surgimento do Estado Absolutista como uma necessidade imperiosa para o fortalecimento das relações econômicas, principalmente naquele momento histórico que exigia a centralização do poder político, posto que a existência de vários comandos e de fontes de normas era prejudicial à expansão dos negócios, que precisa de um mínimo de coordenação e de controle das práticas nocivas ao sistema.

Com essa providência, o Estado absolutista vai centralizar o poder político, afastando uma série de poderes fracionados e, a partir desse fenômeno, será possível ao governante controlar a produção das leis de que o mercado tanto precisava.

Sucedeu, porém, que o modelo de Estado Absolutista chegou à exaustão porque essa configuração estatal tornou-se desinteressante aos agentes econômicos da época. Daí que se engendrou o Estado de cunho liberal com a separação das funções estatais, alicerçado pelos aportes teóricos de Jean-Jacques Rousseau, com os fundamentos modernos do contrato social⁷¹ e de Montesquieu, em o Espírito das Leis.

1.2.2.3 O Estado moderno de matriz liberal, o Direito e a Economia: conexões e implicações nas condições de vida em sociedade

À medida que o Estado absolutista passou a representar um obstáculo à expansão das atividades econômicas da burguesia, seja porque dificultava a livre contratação dos trabalhadores, seja porque impedia o alargamento das relações econômicas para além das fronteiras nacionais, os agentes econômicos, por inconformismo, vão minando as bases do

⁷⁰ GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

governo, dando origem à ocorrência da Revolução Francesa, até que o Antigo regime entra em colapso e o Terceiro Estado⁷² assume o poder, inaugurando o Estado de perfil liberal⁷³.

O surgimento dessas duas formações, a economia liberal de mercado e o Estado, representando a estrutura política e, portanto, o poder formalizado, deram as condições necessárias para o desenvolvimento da economia liberal, evitando que se instaurasse uma situação caótica que promovesse a destruição do próprio sistema capitalista⁷⁴.

Na fecunda observação de Denari:

A concomitância do surgimento de um poder centralizado com o desenvolvimento do mercado baseado no interesse individual revela que a aparente contradição entre Estado em mercado resulta, na realidade, num movimento de complementação, base do nascimento e desenvolvimento do modo de produção capitalista. E o capitalismo só garante sua identidade à medida que mercado e Estado submetem suas leis à preservação desse sistema. Em outras palavras, a manutenção desse modo de produção exige a manutenção das estruturas política e econômica sobre as quais se funda⁷⁵.

É no contexto do movimento revolucionário e do Estado Liberal que surge o Código Civil francês ou Código Napoleônico, o qual passou a jurisdicizar as normas comerciais consuetudinárias, moldadas ao longo do tempo, estatizando-se, desse modo, o Direito Mercantil⁷⁶.

Desde a instauração do Estado moderno, este passou a ter o monopólio das fontes de produção jurídica, eliminando a possibilidade de outras fontes normativas, o que representou uma grande conquista para os agentes econômicos, já que as leis passaram a servir aos objetivos tanto dos agentes do Estado, quanto da classe econômica, numa simbiose de interesses.

Apesar de ser papel da Economia Política, como ciência moral, apontar as “falhas do mercado”, indicando como devem ser as práticas econômicas para evitar situações danosas ao mercado, e também cumprir a função de demonstrar como deve ocorrer a distribuição da riqueza para aumentar o bem-estar das pessoas, essa disciplina não tem força para estabelecer as mudanças que aponta, sendo necessário o Direito, enquanto instrumento do Estado, para implementar as medidas normativas com força coercitiva.

Nessa trajetória, Economia, Direito e Estado, o jurídico serve para dar estabilidade

⁷² O Terceiro Estado era formado por todas as pessoas que não pertenciam nem ao clero, nem a nobreza; constituindo-se assim dos burgueses (agentes econômicos), camponeses e operários.

⁷³ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63-64.

⁷⁴ DENARI, 2008, p. 74.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁷⁶ SCAFF, 2001, p. 67.

ao sistema, reprimindo as práticas empresariais nocivas à concorrência no mercado, e para regular as relações sociais como um todo, mas, paradoxalmente, funcionando, muitas vezes, como instrumento permissivo da concentração excessiva de capital e de riquezas e, por via de consequência, possibilitando, em larga medida, o agravamento de desigualdades econômicas e sociais nas sociedades contemporâneas.

No que respeita ao tema, Cristiane Denari assevera:

Dentro desse quadro, o Estado – produtor de normas – e o mercado – âmbito das relações econômicas - necessitaram sempre estar juntos. O Direito é a instituição e o instrumento por meio do qual Estado e mercado servem-se mutuamente para a reprodução do sistema em que estão inseridos. Sua atuação histórica adquire diferentes dimensões, passando de organizador da sociedade burguesa, com o início do capitalismo, para coordenador das relações Estado e sociedade civil, sequência da Revolução Francesa, atingindo um papel constitutivo de relações para a solução de conflitos; e, finalmente, superando a dissociação Estado e sociedade civil, impondo a implementação de atividades para a integração social⁷⁷.

Por certo, a existência das pessoas é afetada por arranjos institucionais inadequados e injustos que, sem compromisso ético e moral, conduzem a situações de desigualdades derivadas da concentração do poder econômico nas mãos de poucos, restringindo a esfera de liberdade dos menos favorecidos, comprometendo o exercício da cidadania e a construção da verdadeira democracia⁷⁸.

É que, em virtude da suposta pureza metodológica do Direito⁷⁹, o fenômeno jurídico veio a ser despido da dimensão moral e de qualquer concepção de justiça de fundo⁸⁰, possibilitando uma série de consequências econômico-sociais desastrosas em desfavor dos mais fracos.

Assim, a adoção do Direito de matriz positivista-formalista pelo Estado tornou ainda mais gravosa a situação dos pobres, uma vez que, fechando-se a possibilidade de consideração da dimensão valorativa do fenômeno jurídico,⁸¹ o Direito manejado pelo ente estatal ficou divorciado da questão da dimensão moral e, por tabela, de tratar da justiça de fundo.

⁷⁷ DENARI, 2008, p. 75.

⁷⁸ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

⁷⁹ LOSANO, Mário G. Em introdução à obra *O problema da justiça de Hans Kelsen*, 5ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XV-XVI.

⁸⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*, 2ª ed. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132-133.

⁸¹ Em manifestação à tese estatizante de Kelsen a respeito do Direito, Simone Goyard-Fabre afirma que ele estabelece a “unidade do Estado e do direito”, adotando uma postura unidimensional em relação ao ente estatal, visto que o converte à ideia de mera ordem jurídica, sem qualquer dimensão axiológica ou de conteúdo substancial. In: *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.

Não há como negar a importância da teoria do Direito de Kelsen para a ciência jurídica, pois representou um avanço na compreensão da estrutura normativa, implicando o contraponto ao naturalismo jurídico, além de ter contribuído para demonstrar que o fenômeno jurídico pertence ao plano do *dever ser*, com o que conseguiu apartar o objeto de estudo do Direito em relação às ciências sociais, que se ocupam de investigar o plano do ser, ou seja, ocupam-se em explicar a realidade.

Embora continue tendo sua importância para a compreensão do fenômeno jurídico, verificou-se que a doutrina positivista kelseniana tornou-se insuficiente para oferecer respostas a determinados problemas contemporâneos que demandam análise de aspectos valorativos (axiológicos), relacionados ao justo, nomeadamente em sociedades marcadas por excessiva concentração de riqueza e de renda e, por via de consequência, assinaladas por profundas desigualdades sociais.

Em relação ao sistema tributário, Ricardo Torres comenta que “o positivismo normativista, na linha de Kelsen, que, ao hipostasiar o valor da lei, deixando eclipsadas a justiça e a liberdade, teve grande influência sobre o nosso direito tributário⁸²”. Não há como negar que as condições de vida das pessoas têm íntima relação com o arcabouço jurídico-tributário.

Nas últimas décadas, constata-se uma pressão, cada vez mais forte, de investidores financeiros (lideradas pelo FMI e pelo Tesouro dos EUA)⁸³ no sentido de induzirem os países a adotarem leis tributárias favoráveis aos seus interesses, como aconteceu com o Brasil em relação à Lei 9.249/1995, cujos artigos 9º e 10 reduzem a tributação sobre o lucro, quanto pela baixa progressividade do imposto sobre a renda dos investidores e das grandes empresas⁸⁴.

Ainda como parte da ação externa aos países emergentes, observa-se o fenômeno da “guerra fiscal” e da desoneração de ICMS para exportação de minérios, que implica a redução da capacidade de arrecadação dos Estados mineradores como Amapá, Pará e Minas Gerais, tendo impactos negativos no financiamento da educação e da saúde.

⁸² TORRES, Ricardo Lobo. *Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 89.

⁸³ STIGLITZ, Joseph E. Em prefácio à obra *A grande transformação: As origens de nossa época*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. XVII-XVIII.

⁸⁴ GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. *Tributação e distribuição de renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas*. Brasília: Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo, 2016, p. 3-4.

1.2.2.4 O Direito e o retorno aos valores jurídicos: uma nova forma de perceber o sistema jurídico e suas implicações na efetivação dos direitos humanos

O abandono do positivismo jurídico na filosofia da primeira metade do século XX⁸⁵, depois da Segunda Guerra, fez a filosofia política e a teoria do Direito revisitarem o pensamento kantiano, vindo a cunhar-se de neokantismo a introdução dos valores éticos e morais como substratos do Direito. Aliás, o movimento de abandono do positivismo na Filosofia do Direito começa na metade do século XX com Rudolf STAMMLER⁸⁶.

O teórico do Direito necessita analisar a relação de um determinado fenômeno humano com um valor⁸⁷ que se reputa como significativo. É da essência das ciências do espírito, como a atividade jurídica, em suas múltiplas dimensões, a tarefa de valorar os acontecimentos⁸⁸. Não é possível o jurista ficar numa posição neutral. Os que lidam com o fenômeno jurídico tomam posição, seja na fase da produção legislativa, seja na fase interpretativa, seja no momento da aplicação das leis e da constituição política. Assim, leva em conta que determinados fatos merecem atenção da perspectiva valorativa, mas tendo em consideração os valores que sejam de fato reconhecidos pela comunidade de pessoas a que pertence.

Para Radbruch, o Direito é uma realidade cujo sentido supremo é o de servir à justiça como valor material e ideal da sociedade. Enquanto instrumento da justiça, o Direito orienta-se no sentido da realização da justiça, ou seja, realiza-se em juízos aferidores do que é reto e justo.

Nessa perspectiva, Canaris aventa acerca do sistema jurídico como uma ordem axiológica de valores, em que sustenta que o ordenamento é derivação do princípio de justiça, bem como o sistema a ele correspondente constitui-se em ordenação *axiológica* ou *teleológica*⁸⁹ aberta, que oferece condições de possibilitar a unidade da ordem jurídica.

Conquanto o sistema jurídico afigure-se como estrutura aberta, apresenta unidade e coerência interna (conexão interna), destacando-se que a unidade não induz ao fechamento do sistema, dada a possibilidade de harmonização entre os diversos valores.

⁸⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 113-138.

⁸⁶ LARENZ, 2012, p. 113.

⁸⁷ Cf. LARENZ, valor no sentido jurídico de padrões abstratos, dotados de abertura, pluralismo, pelo qual são aferidos e orientados os fenômenos no âmbito da cultura.

⁸⁸ LARENZ, 2012, p. 129.

⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66.

Nessa linha de compreensão pronuncia-se Misabel Derzi, quando sustenta que “a função atribuída ao sistema jurídico em Niklas Luhmann, segundo a qual as operações jurídicas judiciais são e devem ser operacionalmente fechadas, não prejudicam o caráter aberto do mesmo sistema aos valores, ao conhecimento e à evolução dos conceitos que o embasam⁹⁰”.

Esse novo enfoque do pensamento jurídico, que introduz o componente valorativo, colocando o Direito conectado à justiça material e implicado com o contrato social, fez reaproximar a relação entre Direito, ética, moral e Estado, tendo em John Rawls, em meados do século passado em diante, uma posição pioneira nesse sentido, mediante sua tese de justiça como equidade, em que defende a ideia de justiça distributiva de modo inovador.

A nova abordagem propiciou também estabelecer a interface entre ética e os direitos humanos, que passaram a ser tratados em declarações universais. Nesse contexto, proclama-se, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em reconhecimento ao valor intrínseco do ser humano e de sua dignidade.

Seguindo as pegadas de Rawls, surgiu Ronald Dworkin, que aprimorou a teoria da justiça distributiva, apresentando uma abordagem diferenciada para a relação liberdade e igualdade, conforme já comentado.

Interessante a posição de Dworkin, quando interpreta o Direito na forma de uma “cúpula geodésica”⁹¹; mas essa maneira de compreender o sistema jurídico não exclui a possibilidade de visualizá-lo como uma pirâmide normativa. Admitindo-se essa possibilidade, estabelecem-se condições para incorporar os valores políticos, a dimensão moral e a ideia de justiça de fundo à produção legislativa, à interpretação e à aplicação do Direito, sem que isso comprometa a racionalidade argumentativa.

Nessa linha, Dworkin desenvolve a tese do Direito como conceito interpretativo, argumentando que não há nada neutro em nossas concepções. Na verdade, conceitos como justiça, direito, igualdade, entre outros, resultam de um processo interpretativo em que lhes atribuímos sentidos. Evidentemente que esses sentidos não podem ser atribuídos de forma arbitrária, mas segundo convenções estabelecidas na comunidade de pessoas⁹², mesmo porque, diante das possibilidades de interpretação, não é lícito adotar linha interpretativa

⁹⁰DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, da boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 14.

⁹¹DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 227.

⁹²DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 86-100.

divorciada dos valores e princípios prestigiados pela sociedade na qual se realiza a interpretação.

De modo geral, os valores político-jurídicos prestigiados pelas sociedades democráticas contemporâneas, entre eles dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e fraternidade, estão presentes, explícita ou implicitamente, nas respectivas Constituições Políticas como expressão do contrato social, nelas alojando-se uma concepção de justiça.

Entre outras coisas, os valores de uma sociedade vão nortear o planejamento governamental, a elaboração das políticas públicas, das leis de diretrizes orçamentárias, sistema (re)distributivo dos recursos financeiros como instrumentos que podem ou não alargar, criar as condições de escolhas, de oportunidades, de exercício da cidadania, de conquistas de posições sociais e, enfim, do modo de vida das pessoas.

1.2.3 Como o modelo de sociedade de Rawls repercute na distribuição de riquezas sociais e a conexão dessa ideia com o federalismo de cooperação

A interpretação dada por Rawls acerca da sociedade constitui passo fundamental para se entender a formulação de sua teoria da justiça como equidade para, dessa forma, estabelecerem-se as conexões entre essa compreensão e os princípios que asseguram a justiça distributiva numa sociedade democrática que se propõe a promover a justiça de fundo, pautada na liberdade e na igualdade, como um ideal político a ser perseguido.

Importante também assinalar que a concepção de sociedade em Rawls tem uma preocupação com a justiça social, o que difere de outras vertentes teóricas que não enxergam a sociedade a partir de uma perspectiva em que a justiça de fundo seja uma meta a ser alcançada.

Em relação ao seu modo de ver a sociedade, o próprio Rawls afirma: “na justiça como equidade a sociedade é interpretada como empreendimento coletivo cooperativo para o benefício de todos⁹³”.

Buscando elucidar melhor seu pensamento, em sua obra *Justiça e democracia*, o filósofo complementa essa ideia, afirmando que: “a sociedade constitui um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais⁹⁴”.

⁹³ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 102.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 213.

Expressando-se ainda sobre esse conceito, em a Justiça como equidade afirma Rawls que esse sistema cooperativo se estabelece para funcionar ao longo do tempo, sem início, nem fim, pois seus vínculos são duradouros⁹⁵.

Essa concepção dada por Rawls é muito rica de sentido e envolve vários valores e conceitos subjacentes, a exigir uma análise com mais detença de alguns de seus aspectos.

Ao compreender a sociedade como um sistema de cooperação, Rawls remete para a ideia de que ela não é algo fortuito ou casual. Sua observação é no sentido de que não se trata de uma mera aglomeração de pessoas, sobrepostas, cuidando de seus próprios interesses. Ao revés, a sociedade constitui-se um empreendimento coletivo na perspectiva de que cada pessoa é visualizada como parte do todo e o todo (sociedade) como um fenômeno que une a todos (princípio da unidade), em razão de objetivo comum e de certos valores políticos.

Nesse sentido, estabelece-se entre as pessoas uma interdependência, de modo que só é possível haver produção de bens e de riquezas em razão de as pessoas colaborarem para alcançar determinados resultados econômicos. Em torno desse ponto, Rawls lança as seguintes palavras: “Parte-se do pressuposto de que a cooperação social é sempre produtiva, sem cooperação nada seria produzido e, portanto, nada seria distribuído⁹⁶”.

Como se vê, Rawls tem uma compreensão abrangente e sistêmica acerca da sociedade, enxergando a produção, a renda e a riqueza como resultado de esforços coletivos, sem o que não seria possível alcançar o nível de riqueza produzido em sociedade.

Embora se reconheça na sociedade uma diversidade de pensamentos, de convicções filosóficas, religiosas e de interesses entre as pessoas, é plenamente factível a cooperação social em convivências democráticas, desde que todos se respeitem e trabalhem em torno de objetivos comuns, entre os quais o de garantir condições básicas para todos⁹⁷.

Para fundamentar a última parte dessa argumentação, a de que a sociedade deve garantir condições de vida digna para todos, Rawls parte do pressuposto filosófico kantiano de que cada pessoa é dotada de um valor intrínseco, razão porque a pessoa se constitui em fonte de reivindicações legítimas.

Com efeito, pelo fato de cada indivíduo ter um valor intrínseco, passa a ser portador do direito de reivindicações legítimas, cabendo à sociedade assegurar-lhe direitos e condições existenciais básicas, compatíveis com esse postulado, independentemente de

⁹⁵ RAWLS, *Justiça como equidade*, p 71 e ss.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 88.

⁹⁷ RAWLS, *Justiça e democracia*, p.

qualquer posição social ou modo de pensar do ser humano considerado⁹⁸.

Na perspectiva de Rawls:

O sistema social não é uma ordem imutável inacessível ao controle humano, porém um padrão de atividades humanas. Na justiça como equidade, os homens concordam em só se valer dos acidentes da natureza e das circunstâncias sociais quando fazê-lo resulta em benefício comum. Os dois princípios são um modo equitativo de enfrentar a arbitrariedade da sorte⁹⁹. (T.J, p. 122).

Ao que se observa, o filósofo concebe a sociedade como uma realidade que se constrói pela ação do homem, passível de mudança e, por consequência, controlável em termos de indicadores sociais e não como uma instância imutável, como ocorre em sociedades que, fundamentadas em falsos pressupostos, adotam o rígido sistema de castas que proíbem mudança de posição social, configurando situações de verdadeiras injustiças, porque são incompatíveis com o princípio da liberdade substancial de que fala Amartya Sen.

Diante dessa exposição, refuta-se de modo veemente o argumento determinista simplista de que não seria possível alterar as condições de vida das pessoas em sociedade, como, por exemplo, reduzir desigualdades sociais ou erradicar pobreza simplesmente porque seriam situações ditadas por força da natureza ou fatores arbitrários não controláveis pelo homem.

A explicação determinista está fora de cogitação, pois uma sociedade que, em seu ordenamento jurídico, adota o princípio da igualdade equitativa de oportunidades não tolera que se obstaculize o acesso das pessoas à mudança de posição social como pela via da educação ou de outras conquistas sociais.

Na mesma direção, o princípio da diferença, *v.g.*, impede níveis intoleráveis de desigualdades sociais e econômicas, de vez que cada pessoa tem direito ao básico em condições materiais para viver com dignidade, conforme se detalhará no momento oportuno.

Explicita Rawls que, na história do pensamento democrático, duas vertentes de ideias têm lugar destacado. De um lado, a sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre pessoas¹⁰⁰ livres e iguais. Noutra, “a ideia de sociedade como sistema social organizado com o intuito de produzir o bem máximo considerando-se todos os seus membros¹⁰¹.” A doutrina utilitarista enquadra-se nessa segunda corrente.

A posição de Rawls é de contestação à doutrina utilitarista, pelo fato de que essa

⁹⁸ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 26-28; 77.

⁹⁹ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 122.

¹⁰⁰ RAWLS compreende a pessoa no sentido político-normativo, vinculando-se a virtudes morais e políticas dos cidadãos e não na acepção biológica ou da psicologia que trabalha com a ideia de ser humano, enquanto membro da espécie *homo sapiens*. RAWLS, *Uma teoria da justiça*.

¹⁰¹ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 135.

corrente concebe a justiça como aquela que normalmente consegue maximizar o total de bem-estar da sociedade, dando ênfase à organização e à eficiência, sem levar em consideração as ideias de igualdade material equitativa e de reciprocidade, ínsitas na sociedade como sistema cooperativo¹⁰².

A postura teórica utilitarista, então, satisfaz-se com a maximização do bem-estar geral, segundo a qual a correção de um ato decorre de suas consequências, ou seja, de sua capacidade de produzir resultados que beneficiem a maioria de pessoas¹⁰³, sem que se considere o valor de igual cidadania, conducente a se pensar no benefício de todos, sem exclusão de ninguém. Isso porque a ideia de dignidade de cada pessoa é fundamento ético e moral do Estado Democrático de Direito, como bem preconiza Misabel Derzi¹⁰⁴.

Nesse aspecto, Misabel Derzi pontua que a ideia de justiça distributiva tem como pressuposto o valor igual de toda pessoa humana, ressaltando que essa concepção de justiça envolve as seguintes premissas:

(a) a de que todo ser humano é um ser racional e, por possuir racionalidade, é valioso em si mesmo, independentemente de uma avaliação preliminar de mérito; (b) como ser racional, há o dever de desenvolver “talentos ou dons”, ou seja, a natureza humana são potencialidades, que temos o dever de atualizar; (c) a intervenção do Estado em favor do mais pobre, para Kant, oferece uma relação mais respeitosa do que aquela criada pelas doações feitas na iniciativa privada, pois cria uma hierarquia implícita entre doador e receptor, entre ser pretensamente inferior e superior, sendo humilhante para o carente¹⁰⁵.

Esse pressuposto fundamental do valor igual de todo ser humano advém do pensamento de Immanuel Kant, que apresenta um dos fundamentos morais mais fecundos da filosofia política, expresso em sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ao afirmar que todo ser humano “existe como um fim em si mesmo e não somente como um meio”, devendo assim ser considerado no âmbito das relações sociais, inclusive nas deliberações públicas, como ressalta Fleischacker¹⁰⁶.

O acolhimento desse fundamento kantiano tem implicações práticas profundas na vida das pessoas e nas relações entre estas e o Estado. Repercute, entre outros aspectos, no tratamento igualitário que o ente estatal deve dispensar a cada cidadão, na medida em que deve visualizá-lo como propósito último da sociedade, implicando no dever de distribuição

¹⁰² RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 135.

¹⁰³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias de justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

¹⁰⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra Fiscal, Bolsa Família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, V. 16, n. 108, Fev./Maio 2014, p. 43-49.

¹⁰⁵ DERZI, 2014, p. 44.

¹⁰⁶ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 107-109.

equitativa dos recursos públicos para alcançar todas as pessoas, porquanto merecedoras de gozarem um modo de vida digno, a fim de que possam desenvolver plenamente suas potencialidades, seu progresso intelectual, político e econômico¹⁰⁷.

Os pontos argumentativos ora enunciados contrapõem-se aos fundamentos da doutrina utilitarista que, repita-se, assenta-se numa concepção de justiça que, diante da escassez dos recursos públicos, satisfaz-se com uma resposta que represente o aumento do bem-estar médio¹⁰⁸ ou máxime a utilidade dos recursos, ainda que isso implique em sacrifício de uma minoria, sendo que essa alternativa é incompatível com os princípios que regem a justiça como equidade, especialmente quanto ao princípio da diferença, como será examinado em tópico posterior.

É o que ocorre, v.g, quando o governo anuncia, entusiasticamente, que a medida adotada possibilitará que 85% dos estudantes da rede pública de ensino tenham acesso a equipamentos de informática e laboratório de ciências. A medida parece bastante elogiosa. Entretanto, há uma questão problemática. É que uma parcela correspondente a 15% dos estudantes ficará de fora do acesso a insumos educacionais fundamentais para o desenvolvimento de suas potencialidades em tecnologia da informação e em iniciação científica.

Decisão como essa suscitaria uma série de indagações, como: que critério se levou em conta para alcançar somente 85% do universo dos alunos? Que medidas foram usadas para evitar a exclusão dos 15%? Qual o perfil socioeconômico dos 15%? Entre outras questões.

Para a corrente utilitarista é suficiente que a solução apresentada aumente o bem-estar médio do universo de pessoas consideradas, mesmo que isso represente a maior desigualdade econômica, não importando, desse modo, como a resposta dada implicará na vida de pessoas reais¹⁰⁹. Inversamente a essa postura, Rawls leva em conta o valor de cada pessoa no contexto da sociedade, não aceitando que seja excluído um cidadão sequer ou um segmento de pessoas, ou seja, não se admite como moralmente justa uma opção que afete, negativamente, a minoria, só para possibilitar vantagens mais expressivas à maioria, sob o argumento de que satisfaz o maior número de interesses.

Não se pode desconsiderar, todavia, que o utilitarismo tem uma face sedutora, conforme registra Gargarella, ilustrando o fato com uma situação envolvendo dois grupos de interesses em dada sociedade, na qual se dispute a aplicação de certo recurso. A maioria dos

¹⁰⁷ FLEISCHACKER, 2006, p. 108-109.

¹⁰⁸ SMITH, Paul. *Filosofia Moral e Política*: principais questões, conceitos e teorias. Tradução Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009, p. 216.

¹⁰⁹ GARGARELLA, 2008, p. 5

moradores prefere utilizar o dinheiro para distribuir entre os pobres, enquanto o grupo minoritário deseja investir em campo de golfe.

Nesse caso, o utilitarista, obviamente, decidirá em favor da maioria, sustentando fundamento igualitarista. Em hipótese como essa, a pergunta-chave do utilitarista é: “qual proposta satisfaz maior número de interesses¹¹⁰?”.

Em relação à situação hipotética suscitada, poder-se-ia chegar à solução similar aplicando-se a justiça como equidade, mas sob outro fundamento, o da busca da redução das desigualdades, considerando o valor intrínseco de cada cidadão em situação de pobreza. Entretanto, noutra hipótese, a aplicação do critério utilitarista pode levar a resultado divergente em relação à teoria de Rawls, não favorável àqueles em maior desvantagem social.

Um dos problemas apresentados pelo utilitarismo, devidamente combatido por Rawls, diz respeito ao fato de que, para alcançar seus objetivos, consistentes na busca da felicidade ou do prazer, a doutrina não confere a devida importância ao meio empregado, isso é, não avalia adequadamente o que é justo¹¹¹.

A propósito do tema, Jeremy Bentham, baseando-se no princípio da utilidade, chegou a afirmar que “o único critério que deve inspirar o legislador é o de emanar leis que tenham por efeito produzir a maior felicidade ao maior número de pessoas”.¹¹²

Na linha de pensamento de Henry Sidgwick, utilitarista clássico, o princípio da utilidade é compreendido como a maximização do bem-estar de seus membros, mediante a satisfação de seus desejos¹¹³, o que revela uma face por demais subjetivista dessa visão.

Na teoria de Rawls, o aspecto distributivo que deve operar como decorrência do empreendimento coletivo parte do pressuposto de que a sociedade é sempre produtiva, tendo em vista que a atividade econômica é constante. Mas para isso acontecer depende do engajamento de todos. Só assim é possível produzir riquezas ao longo do tempo, de modo que, não fosse esse processo cooperativo, nada seria produzido e, em consequência, nada haveria para ser distribuído¹¹⁴.

É de ver que o fenômeno econômico recebe duas características básicas: a voluntariedade e a troca. A voluntariedade tem o sentido de a pessoa atuar intencionalmente com o fim de produzir e trocar bens. Na escravidão não se constitui um fenômeno econômico

¹¹⁰ GARGARELLA, 2008, p. 6.

¹¹¹ FURLAN, Fabiano Ferreira. *Debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 16.

¹¹² Cf. MÖLLER, Josué Emílio. *A Justiça como equidade em Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006, p. 23.

¹¹³ Apud. MÖLLER, Josué Emílio. *A Justiça como equidade em Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006, p. 23.

¹¹⁴ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 88.

no sentido atual, por ausência de voluntariedade e, portanto, de liberdade¹¹⁵.

Na atividade humana produtiva, há trocas. Os produtos que resultam de uma cadeia de ações de várias pessoas não se restringem a ficar com o produtor. Ao contrário, o interesse deste é trocar os produtos no mercado e, em vista disso, depende de outros que com ele interagem na dinâmica econômica.

Esse fenômeno da troca não ocorre entre os animais. Como bem observou Adam Smith: “ninguém jamais viu um cachorro fazer uma troca justa e deliberada de um osso por outro, com um segundo cachorro¹¹⁶.”

Em razão do sofisticado intercâmbio crescente entre as cadeias produtivas (trocas) erige-se a economia, como resultado de uma teia de relações que se entrelaçam e influenciam-se mutuamente¹¹⁷.

Assevera Esther Prete que “a realização de trocas como forma de obter o que se necessita materialmente constitui um diferencial humano, uma especial forma de relacionamento e dependência mútua não observável entre animais¹¹⁸”.

Por certo que, baseando-se nessa característica do fenômeno econômico, é que se autoriza Rawls a falar da mutualidade ou reciprocidade enquanto algo próprio da sociedade como sistema de cooperação social, sem se desconsiderarem outras dimensões das relações humanas.

Sem a reciprocidade presente nas trocas, pautada em normas justas, não há desenvolvimento social. Assim, partindo-se do pressuposto de que a riqueza é resultado de um esforço coletivo, que propicia as condições favoráveis para o processo produtivo, não seria justo que o produto comum (riqueza social) fosse distribuído de modo não equitativo entre os cidadãos, levando-se em conta, evidentemente, as diferenças distributivas decorrentes de maiores esforços¹¹⁹.

Some-se a isso o fato de que as sociedades contemporâneas são caracterizadas por um novo cenário econômico-financeiro. Além da produção de riquezas e bens, as sociedades atuais são movidas pelo capital especulativo, em que o capital financeiro improdutivo passa a ter influência extraordinária na economia global, com poder para seduzir e fragilizar economias locais¹²⁰, gerando um ambiente de grave exclusão social, fora de controle dos

¹¹⁵ WEBER, Max. *Historia Económica General*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1997.

¹¹⁶ SMITH, Adam. *A riqueza das nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*, Vol. I. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 73.

¹¹⁷ PRETE, Esther Külkamp Eying. *Efetividade dos direitos sociais e sua dimensão econômica: Relações entre Lei, Inclusão e Prosperidade*, p. 54. Dissertação de Mestrado defendida perante Banca Examinadora da Faculdade de Direito da UFMG, em set.2016. Divulgação autorizada pela autora.

¹¹⁸ PRETE, 2016, p. 55.

¹¹⁹ RAWLS, *Justiça como equidade*, p.

¹²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, 2001, p.137-149.

cidadãos, justificando a necessidade de intervenção estatal, por meio de políticas públicas, para corrigir ou atenuar distorções e desequilíbrios decorrentes desse processo¹²¹.

Essa nova forma de atuação econômico-financeira foi captada por Alexandre Barbosa, com a seguinte observação:

Surgem também novos instrumentos financeiros chamados de “derivativos”, que significam contratos de compra e venda futura de títulos, ações e moedas, a preços determinados. Aposta-se na alta ou na queda de uma determinada moeda no futuro, definindo-se uma data previamente fixada para a realização da transação. Essa bolsa de aposta global faz com que alguns apelidem o atual sistema econômico de “capitalismo de cassino.”

Se seguirmos essa metáfora, podemos dizer que os economistas dos Bancos Centrais, Ministérios da Fazenda e grandes bancos se tornaram verdadeiros crupiês¹²² desse imenso cassino que envolve os mercados financeiros da maioria dos países. O objetivo dos “jogadores” é sempre o mesmo: ganhar dinheiro, sem passar pela tarefa incerta de se produzir mercadorias concretas e tentar vendê-las¹²³.

Em razão do poder do capital financeiro especulativo, os governos locais acabam ficando vulneráveis às propostas sedutoras do poder financeiro, levando terríveis consequências aos menos favorecidos da sociedade, seja em razão das isenções tributárias que subtraem parcelas significativas da receita pública, seja por meio de altas taxas de juros para atrair os investidores.

Um dos reflexos dessa nova faceta da economia global recai nos gastos sociais, que passam a encolher diante da redução da receita dos tributos e da necessidade de se saldarem os compromissos decorrentes de empréstimos governamentais, levando o Estado a promover cortes orçamentários no financiamento de direitos sociais, o que afetará, invariavelmente, os pobres.

Na mesma direção, Onofre Batista, em arguta observação, considera que:

Os mercados financeiros adquiriram um lugar proeminente no mundo globalizado, submetendo a “economia” à “ditadura do dinheiro”, introduzindo um elemento de instabilidade que sequer os governos conseguem administrar. Os ciclos econômicos, cada vez mais afetados pelo fenômeno da “financeirização da economia”, justamente porque o espaço em que se manifestam se tornou planetário¹²⁴.

Diante desse fenômeno é necessário reinventar novas formas de proteger os mais vulneráveis da sociedade contra o poderio econômico internacional, que produz efeitos

¹²¹ MOREIRA, Luiz. In: *Apresentação à edição brasileira à obra Virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* de Ronald Dworkin. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XI-XIII.

¹²² Segundo o dicionário *Houaiss da língua portuguesa*, crupiê é o empregado que dirige o jogo nos cassinos, pagando e recolhendo o dinheiro das apostas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

¹²³ BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O mundo globalizado*. 5ª ed. São Paulo: Contexto, 2012, p. 67.

¹²⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal” Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, p. 305-344, jan./jun.2011, p. 327.

deletérios nas finanças estatais, solapando recursos que poderiam ser aplicados em políticas públicas garantidoras de direitos sociais¹²⁵.

Uma das características presentes na sociedade como sistema de cooperação é a reciprocidade que, ao lado da solidariedade, pressupõe o reconhecimento de que só é possível vencer os desafios da modernidade se houver o dever ético e a moral de colaboração, de modo que todos se beneficiem da riqueza produzida socialmente.

Nesse norte, Feres Júnior e Pogrebinski fazem a seguinte ponderação:

A sociedade como sistema justo de cooperação social consiste em uma das ideias familiares fundamentais, que dá estrutura e organiza a justiça como equidade. A cooperação social guia-se por regras e procedimentos publicamente reconhecidos e aceitos, por aqueles que cooperam como sendo apropriados para regular a sua conduta. Diz-se que a cooperação é justa porque seus termos são tais que todos os participantes podem razoavelmente aceitar, desde que todos os demais também o aceitem. Contudo, a cooperação envolve vantagens ou bens visados individualmente por aqueles que se encontram nela engajados. Há aqui, portanto, uma presunção de reciprocidade e mutualidade¹²⁶.

Observa-se que a reciprocidade constitui-se em pressuposto relevante da ideia de que todos merecem beneficiar-se dos termos cooperativos, tendo em vista que uma economia de mercado traz em si o germe da disputa acirrada, que por sua vez conduz à concentração de riquezas, impondo a necessidade de regulação da economia pelo Estado e o estabelecimento de uma política econômica e social pautada na reciprocidade. Tudo isso de forma a garantir um sistema de deveres e direitos básicos e, assim, vantagens apropriadas a todos, em virtude da obra comum, a riqueza social¹²⁷.

A reciprocidade é entendida por Castel Odile como “princípio pelo qual a produção é dada a outros num espírito de solidariedade, quer dizer no marco de uma relação entre pessoas tendo consciência de uma comunidade de interesses que leva a uma obrigação moral de apoiar os outros¹²⁸”.

Na linha do que se argumenta, pode-se afirmar que a reciprocidade implica um dever moral, que pode ser convertido em obrigação jurídica, daí a relevância de a sociedade ter um ordenamento jurídico justo, no qual a ideia-força da reciprocidade e da solidariedade sejam valores que ganham concretude entre todos os membros da sociedade.

Em uma sociedade que tem a justiça de fundo como ideal político, é perfeitamente

¹²⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Por que a “guerra fiscal”...*, p. 328-329.

¹²⁶ FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria Política Contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 12

¹²⁷ RAWLS, *Justiça e democracia*, 2002, p. 214.

¹²⁸ CASTEL, Odile. *La dynamique institutionnelle de l'économie populaire solidaire dans les pays du Sud*. Montreal: Universidade du Québec em Outaouais, Chaire de recherche em développement des collectivités, Série Comparaisons internationales, n° 4, p. 21.

possível efetivar o princípio da reciprocidade. Por meio dele, pode-se muito bem haver benefícios satisfatórios para todos, tanto para o empreendedor, quanto para os menos favorecidos, prevenindo conflitos de interesses, afastando egoísmos exacerbados, ainda mais porque a sociedade como empreendimento cooperativo baseia-se na aceitação de uma concepção política de justiça que faz sentido para a existência de todos e não apenas para um grupo beneficiado pela miséria e pela fragilidade dos outros¹²⁹.

Saliente-se que os conflitos na sociedade constituem uma realidade constante em razão de circunstâncias várias, entre as quais: (i) a escassez de recursos, fazendo com que o total dos bens produzidos seja menor que a demanda; (ii) o egoísmo humano impulsionado a desejos ilimitados pela posse material; (iii) as divergências de posicionamento doutrinário e filosófico; (iv) o fato de as pessoas não serem indiferentes quanto à busca por benefícios maiores produzidos pela cooperação mútua, advindo disso a necessidade da cooperação social para possibilitar um relativo equilíbrio nas relações sociais e econômicas¹³⁰.

Nessa linha de raciocínio, também merece consideração o princípio da solidariedade, mencionado em linhas pretéritas. Esse princípio tem íntima relação com a ideia de sociedade como sistema de cooperação social. Em vista dele, o homem não pode ser visto como uma unidade isolada, desconectada do todo, do contexto socioeconômico no qual desenvolve suas atividades.

No verbete solidariedade, o Dicionário Aurélio apresenta os seguintes significados, dentre outros:

1. Qualidade de solidário; 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes; 3. Adesão ou apoio a causa, empresa, princípio, etc, de outrem; 4. Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, duma nação, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação de apoiar o(s) o outro; 6. Dependência recíproca; (...)¹³¹

Ao tratar desse importante princípio moral, Fábio Comparato assinala que “no plano da solidariedade todos são convocados a defender o que lhes é comum¹³²”, sendo que, por força desse princípio, a pessoa não pode ser tratada como uma unidade isolada, dissociada de suas relações sociais, políticas e econômicas; nem como uma porção entre duas ou mais

¹²⁹ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 119.

¹³⁰ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p.

¹³¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

¹³² COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

unidades, mas como um ser que interage com todas as partes de um todo, qual seja a sociedade em suas diversas facetas.

Em sua manifestação, Fábio Comparato salienta que a solidariedade constitui-se, inclusive, de fundamento nas relações entre Estado e cidadãos:

São de cunho solidário não só o conjunto das relações interindividuais dos cidadãos na sociedade política, e dos povos na cena internacional, mas também a relação do Estado com qualquer cidadão ou grupo de cidadãos, ou da Organização das Nações Unidas com qualquer de seus membros. (...) na sociedade política, a unidade maior a englobar todos os indivíduos e grupos sociais, essa finalidade última, eticamente falando, é propiciar o aperfeiçoamento constante de todos os seus componentes, segundo as qualidades próprias da pessoa humana¹³³.

A noção de sociedade como sistema equitativo de cooperação, governada pelos princípios da reciprocidade, em conexão com o da solidariedade, tem conexão com a ideia de federalismo de cooperação, por sinal muito forte na Alemanha. O Estado alemão é um caso paradigmático do federalismo de cooperação. Lá, há um forte compromisso entre as unidades federadas no sentido de conferir uniformidade às condições de vida de todos os cidadãos¹³⁴. Para tanto, um dos aspectos do mecanismo empregado diz respeito à uniformidade dos serviços públicos, como forma de proporcionar equidade e equalização social.

Dessa maneira, garante-se aos cidadãos alemães o acesso aos padrões uniformes de serviços públicos, principalmente os de caráter social.

Em relação ao compromisso de cooperação e de solidariedade do povo alemão, em matéria orçamentária e financeira, vale a pena transcrever trecho de uma publicação jornalística, com o título RECEITAS E DESPESAS DO ORÇAMENTO DA ALEMANHA PARA 2017 – Razão por que a Alemanha determina o Ritmo da Marcha, conforme detalhado a seguir.

Os estados mais ricos pagam todos para um Fundo de compensação financeira do qual são distribuídos determinadas quantias para os estados mais pobres.

Na Alemanha, também os partidos de Esquerda e os sindicatos são reivindicativos mas quando se trata do bem da Alemanha e do povo alemão, todos se unem em defesa dos interesses nacionais.

Portugal e Brasil precisam de desenvolver uma nova mentalidade política e social em que os interesses partidários, patronais e sindicais se subordinem aos interesses reais do país e de sua população.

Na Alemanha, a discussão séria pública circula toda ela em torno dos problemas reais da sociedade alemã no contexto internacional e nela tanto esquerda como direita se sentem comprometidos¹³⁵.

¹³³ COMPARATO, 2006, p. 577-578.

¹³⁴ PRADO, Sergio. *Equalização e federalismo fiscal: Uma análise comparada*. Alemanha, Índia, Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 140.

¹³⁵ JUSTO, António da Cunha Duarte. *Jornada Mundial da Juventude de 2016 na Polônia*. Publicado em 03.ago.2016. Disponível em: www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=kA_QV9Hv9OixgTm3pgD#q=receitas+de+impostos+e+educação+Alemanha>. Acesso em 07.set.2016.

A observação jornalística acima reproduzida revela haver entre os alemães uma concepção de sociedade fundamentada em princípio de cooperação e solidariedade, o que se manifesta por meio da distribuição dos recursos financeiros, valendo destacar que, embora lá também existam divergências políticas, como em qualquer democracia, não permitem que suas diferenças ideológicas interfiram na adoção de medidas em favor de todos.

Nos termos do pensamento rawlsiano, a reciprocidade expressa uma preocupação com o outro na conotação proposta por Habermas, segundo o qual “apenas o fato de pertencerem à nação pode criar entre as pessoas até então estranhas entre si uma coesão solidária¹³⁶”.

Acrescente-se que Habermas concebe a solidariedade como dimensão jurídica e não apenas como dever ético. Em face disso, o *status* de cidadania baseia-se na ideia de participação democrática que o Estado moderno deve assegurar aos cidadãos, como condição de sua legitimidade, permitindo que surja uma nova forma de integração social¹³⁷.

Nesse sistema de cooperação equitativa, em diálogo com o princípio da solidariedade, encontra-se subjacente a ideia de projeto comum. Nesses dois princípios estão imbrincadas a ideia de união de esforços e, ao mesmo tempo, a ideia de sacrifícios da parte de uns em benefício de outros¹³⁸.

Nessa esteira, a sociedade deve garantir a todos o direito à participação na riqueza e nos resultados obtidos socialmente, não apenas para satisfação das necessidades imediatas, mas também nas de longo alcance, ou seja, as relacionadas à justiça intergeracional¹³⁹, indo do nascimento à morte e, assim, entre gerações, em decorrência dos laços que unem os cidadãos em uma sociedade justa¹⁴⁰.

Em sociedades profundamente desiguais como a brasileira e, em vista da Constituição Federal de 1988, a solidariedade deve ser vista como instrumento de justiça social, fundada na ideia de inclusão dos pobres e marginalizados do processo produtivo. Não se pode falar em legitimidade do Estado se não há uma atuação persistente que garanta padrão de serviços públicos para todos, como forma de garantir segurança social¹⁴¹.

Rawls ressalta que a ideia de reciprocidade, ligada a de solidariedade, não deve

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 128.

¹³⁷ HABERMAS, 2002, p. 128-129.

¹³⁸ APOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do Princípio da Solidariedade na instituição das contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 55.

¹³⁹ Cf. FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 21.

¹⁴⁰ MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006, p. 91-92.

¹⁴¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social na sociedade de risco – Solidariedade e financiamento – A garantia da renda mínima*. Disponível em www.sinteseeventos.com.br. Acesso em 27.08.2016.

ser entendida como se dissesse respeito aos interesses de uma associação ou entidade corporativa, cujos objetivos são limitados a um grupo reduzido de pessoas. Ao revés, deve ser interpretada como decorrente de uma relação de dever ético-jurídica em que as “vantagens produzidas pelos esforços de cada um sejam equitativamente adquiridas e distribuídas de uma geração para outra”.¹⁴²

Na perspectiva do Direito Financeiro, a reciprocidade, em liame com o princípio da solidariedade social, está fortemente ligada à noção de que a receita pública constitui bem comum do povo e, por tal razão, impõe-se ao Estado o dever de implementar políticas públicas que promovam o desenvolvimento de todos os cidadãos.

A par disso, as pessoas são visualizadas como cidadãos livres e iguais em dois sentidos. Em primeiro plano, são vistos como “livres na medida em que consideram a si mesmos e aos demais como detentores da faculdade moral de ter uma concepção do bem”¹⁴³. Essa posição, contudo, não é fixa, pois em uma sociedade democrática as pessoas, por motivos racionais e razoáveis, podem rever e modificar seus pontos de vista acerca do bem.

Em segundo, os cidadãos são tidos como livres porque atuam na condição de fonte de reivindicações legítimas, ou seja, consideram-se legitimados a fazer reivindicações às suas instituições sociais e públicas, com o fim de promover suas concepções do bem, desde que essas postulações estejam inseridas na concepção pública de justiça e, portanto, em consonância com o entendimento de bem adotado na sociedade¹⁴⁴.

O sentido de cidadania dado por Rawls corresponde ao que se entende contemporaneamente como cidadania substancial, em contraposição à cidadania formal consagrada no século XVIII.

A cidadania efetiva tem como pressuposto o valor supremo da pessoa humana, que está legitimada a ter acesso aos direitos fundamentais sociais como direito inerente à sua condição por ser dotado de dignidade, podendo, para tanto, reivindicar condições de vida compatíveis com os fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁴⁵.

A sociedade como empreendimento cooperativo é vantajosa para todos os seus membros e não apenas para um grupo ou para a maioria da sociedade como chega a admitir a doutrina utilitarista, que se contenta com a ideia de bem-estar da maioria ou maximização do

¹⁴² RAWLS, p. 214.

¹⁴³ RAWLS, p. 34.

¹⁴⁴ RAWLS, 29-32.

¹⁴⁵ BITAR. Eduardo C.B. Ética, Cidadania e Constituição: O direito à dignidade e à condição humana. *Revista Brasileira de Direito* – RBDC n. 8-jul./dez.2006, p 130-132. SANTOS, Lília Teixeira. *O cidadão e o paradigma democrático substancial da Constituição Federal de 1988*. Disponível em www.conteudojuridico.com.br. Acesso em 20.08.2016.

bem-estar, ainda que importe em sacrifício da minoria¹⁴⁶.

Argumenta Rawls que o sistema de cooperação social apresenta três características fundamentais que o distingue de outras instituições ou atividades.

Primeiro, a cooperação é distinta de uma atividade que fosse coordenada apenas para fins sociais, como uma associação governada por uma autoridade central, sem regras publicamente reconhecidas¹⁴⁷.

Segundo, a cooperação implica que seus termos são equitativos e vinculam-se à ideia de reciprocidade ou mutualidade, implicando que todos os inseridos no sistema cooperativo e, em conformidade com as regras e os procedimentos adotados, cumprem seu papel social e têm direito de extrair vantagens de maneira apropriada¹⁴⁸.

Outro aspecto relevante diz respeito à abordagem de Rawls quanto ao caráter permanente dos vínculos estabelecidos na sociedade. Em razão da perenidade dos vínculos, geram-se consequências por toda a vida das pessoas. Para ele, os vínculos que se instauram na cooperação social são duradouros, pois a sociedade forma uma realidade atemporal, contínua e com objetivos de longo alcance, pelo que as riquezas produzidas pelos esforços coletivos devem ser distribuídas equitativamente¹⁴⁹.

Nessas condições, dados os fundamentos éticos e morais que inspiram a cooperação social, importantes consequências práticas decorrem desse fato. Uma delas relaciona-se ao modo como os recursos públicos devem ser distribuídos na sociedade.

Em face da característica dos laços de cooperação, os recursos devem satisfazer os interesses não apenas da geração presente (questão intrageracional), mas também os da geração vindoura. O fundamento é que, se a sociedade cria vínculos duradouros, para além do presente, as riquezas sociais não podem beneficiar apenas a geração atual; há que produzir efeitos positivos à geração póstera¹⁵⁰.

Como se vê, a concepção de justiça como equidade implica respeito pelas gerações vindouras¹⁵¹. Desse modo, visto que os vínculos sociais são duradouros, as instituições políticas e sociais devem aplicar e poupar recursos com o fim de garantir as

¹⁴⁶ RAWLS, p. 7.

¹⁴⁷ RAWLS, p. 214.

¹⁴⁸ RAWLS, p. 214.

¹⁴⁹ RAWLS, p. 214.

¹⁵⁰ ENRIQUEZ, Maria Amélia Rodriguez da Silva. Equidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos minerais: alternativa dos Fundos de Mineração. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, Vol. 5:61-73, p. 63. Disponível em <http://www.redibec.org/IVO/rev5_05.pdf>. Acesso em 22.08.2016.

¹⁵¹ NOSSO FUTURO COMUM. *Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

condições existenciais das gerações futuras¹⁵².

Trata-se de uma questão relacionada à justiça intergeracional, que exige da geração presente apontar alternativas econômicas que garantam a sustentabilidade econômica e social das gerações do porvir¹⁵³, e a fortiori quando as receitas decorrem da exploração de recursos naturais não renováveis¹⁵⁴.

A preocupação com sustentabilidade ambiental¹⁵⁵ e financeira da sociedade¹⁵⁶ é tema recorrente na atualidade, em virtude da esgotabilidade dos recursos naturais não renováveis e do endividamento público cada vez mais crescente de certos Estados.

Nessas condições, a geração contemporânea tem dever moral de buscar saídas para a questão intergeracional, evitando transferir, o quanto possível, a conta para as gerações futuras¹⁵⁷.

Na obra *Justiça como equidade*, Rawls destaca que a estrutura básica da sociedade modela as condições existenciais das pessoas, provocando efeitos inclusive em suas perspectivas de vida.

Entre outros fatores, as situações de desigualdades naturais, como a posição social na qual um cidadão nasce, afetarão suas oportunidades de renda, educação, propriedade e expectativas de vida, de sorte que essas expectativas são influenciadas tanto pelos fatores sociais, quanto pelas arbitrariedades econômicas. A forma como a sociedade enfrenta esses fatores pode contribuir ou prejudicar as expectativas de vida das pessoas¹⁵⁸.

Na teoria de Rawls, as ideias fundamentais estão todas interconectadas, em sequência lógica, dando coerência à doutrina rawlsiana, na seguinte ordem de pensamento: (i) primeiro Rawls concebe a sociedade como sistema equitativo de cooperação social; (ii) que para concretizar-se exige uma sociedade bem-ordenada, isto é, uma sociedade governada por princípios de justiça deduzidos na teoria; (iii) a estrutura básica regida por esse sistema de princípios; (iv) a ideia de posição original; (v) finalmente, o pressuposto de cidadãos livres e

¹⁵² COMPARATO, p. 428.

¹⁵³ RAWLS, p. 354-356.

¹⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier latin, 2011, p. 346.

¹⁵⁵ NUSDEO, Ana Maria. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o protocolo de Quioto. *Revista de Direito Ambiental*, v 37, 2005.

¹⁵⁶ *Sustentabilidade e limites do endividamento público: o caso brasileiro*. Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_Tn/XIPPremio/divida/2afdpXIPTN/2premio>. Acesso em 20.08.2016.

¹⁵⁷ SILVEIRA, Alexandre Coutinho. *Governança pública de royalties: Federalismo fiscal e futuras gerações*. Dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da USP. Disponível em www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-13022015-135919/. Acesso em 21.08.2016.

¹⁵⁸ SMITH, Paul. *Filosofia moral e política: Liberdade, direitos, igualdade e justiça social*. Tradução Soraia Freitas. São Paulo: madras, 2009, p. 208.

iguais que cooperam para o bem comum¹⁵⁹.

Em síntese, ao compreender a sociedade como sistema equitativo de cooperação social, como decorrência lógica, as instituições sociais e políticas passam a ter o dever moral e jurídico de promover o desenvolvimento humano de todos os seus cidadãos, valendo acentuar, uma vez mais, que esse compromisso tem caráter duradouro, com efeitos não apenas no presente, mas extensivo às gerações pósteras. Afinal, as gerações vindouras têm direito de usufruir dos benefícios e das riquezas exploradas pela geração antecedente.

1.2.4 O Estado, a justiça distributiva e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades

Em oposição às bases filosóficas da doutrina utilitarista¹⁶⁰ que se tornou inadequada para enfrentar sérios problemas de desigualdades sociais ocorrentes nas sociedades contemporâneas, Rawls propõe uma concepção política de justiça como fundamento para desenvolver uma sociedade preocupada com a condição existencial do outro, por compreender que cada pessoa é dotada de um valor intrínseco. Em razão do que dá prioridade ao justo sobre o bem, a fim de que ninguém fique de fora do processo distributivo das riquezas sociais¹⁶¹, propugnando por um sistema de princípios que promova a equitativa distribuição de benefícios para mitigar desigualdades decorrentes de situações arbitrárias, advindas da dinâmica econômica, de arcabouços jurídico-tributários e de fatos naturais.

Para tanto, o filósofo formula dois princípios de justiça distributiva:

as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).¹⁶²

É de se reforçar que o objeto primário da justiça para Rawls não é a correção ou incorreção moral das condutas individualmente consideradas, mas um olhar voltado para a

¹⁵⁹ RAWLS, p. 34.

¹⁶⁰ Álvaro de Vita explica que “o utilitarismo é uma doutrina ética “teleológica” por dar primazia a uma visão do bem humano em termos de máxima satisfação possível de desejos e aspirações pessoais – sobre princípios de justiça e de direito”. *A justiça igualitária e seus críticos*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 18.

¹⁶¹ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 38.

¹⁶² RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Cláudia Berliner. Organizado por Erin Kelly. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

forma como os arranjos institucionais da sociedade estão estruturados, incluindo-se as instituições políticas, econômicas e, assim, a distribuição de bens e liberdades fundamentais.

Na perspectiva rawlsiana, quando esses arranjos institucionais não são adequadamente equacionados, em conformidade com os princípios de justiça de fundo, acabam por gerar efeitos perversos na distribuição das riquezas produzidas na sociedade¹⁶³, comprometendo as expectativas legítimas das pessoas, ou seja, as perspectivas de vida são afetadas por estruturas econômicas e políticas injustas, daí a necessidade de se garantirem direitos básicos a todos¹⁶⁴.

O primeiro princípio é o das liberdades básicas iguais, especificado em uma lista, objeto de revisão na obra *Justiça como equidade*¹⁶⁵. Nesse rol, denominados de bens primários, constam desde a liberdade de pensamento e de consciência, passando pela liberdade política e demais liberdades consagradas pelo Estado de Direito¹⁶⁶.

Embora em sua obra, *Uma teoria da justiça*, Rawls tenha dado prioridade aos direitos que abarcam as liberdades, verifica-se que em obra posterior, *Liberalismo político*, admitiu expressamente a possibilidade de mudança dessa ordem de prioridades, em que afirma que os direitos de liberdades básicos podem ser precedidos pelo princípio que garanta as condições materiais mínimas ao exercício de forma efetiva a esses direitos¹⁶⁷, expressando-se com os seguintes enunciados:

Em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades¹⁶⁸.

Por meio desse movimento de transposição da ordem de prioridades dos princípios, torna-se possível aplicar com precedência o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, a fim de garantir aos cidadãos menos favorecidos as condições materiais mínimas como pressuposto para o exercício das liberdades básicas ou para a expansão das liberdades. Isso porque determinadas sociedades exigem essa inversão da ordem, sobretudo em sociedades nas quais estão presentes pobreza e desigualdades extremas, como a brasileira.

Além dos mais, as liberdades básicas já estão garantidas na Constituição Federal

¹⁶³ VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 119-20.

¹⁶⁴ RAWLS, 2003, p. 84.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 62.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 62.

¹⁶⁷ RAWLS, *Liberalismo político*, p. 49.

¹⁶⁸ RAWLS, *Op. cit.*, p. 49.

de 1988, constando da lista de valores e princípios do art. 5º e seus incisos, como parte dos direitos e garantias fundamentais, justificando com mais razão a prioridade ao princípio da posição equitativa de oportunidades.

Não é demais lembrar que os valores, direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 não são fruto do acaso ou da bondade do constituinte, mas, ao revés, decorreram de lutas dos movimentos sociais, de frentes populares de rua e de lideranças políticas comprometidas em restaurar a democracia no país, depois de anos de regime ditatorial. Para conquista desses direitos houve embates acirrados, avanços e recuos durante o processo constituinte de 1987-88, como ressalta Marcelo Cattoni¹⁶⁹.

Em relação ao princípio em estudo, Ana Paula de Barcellos argumenta que o princípio da posição equitativa de oportunidades representa um feixe de condições materiais mínimas indispensáveis aos seres humanos, equivalente à ideia de *mínimo existencial*, enquanto pressuposto não apenas do princípio da diferença, como também do princípio da igual liberdade¹⁷⁰.

Essa tarefa de garantia do mínimo existencial pode ficar a cargo do poder legislativo, na condição de legitimado para produzir as leis reivindicadas pela sociedade e pelos objetivos constitucionais do Estado Democrático de Direito, que se funda na dignidade da pessoa humana e no direito de participação do processo democrático, incluindo-se a participação em proposições orçamentárias, contribuindo na formulação de políticas e audiências públicas e não apenas por meio do voto para escolha dos mandatários do país.

Não é demais registrar que a efetivação dos direitos fundamentais depende também de recursos públicos e, portanto, de uma atuação estatal, como bem acentua Flávio Galdino¹⁷¹, envolvendo uma decisão político-jurídica, incluindo-se os recursos para os direitos fundamentais de primeira geração, que dependem de instituições públicas, demandando aplicação de receita pública, de modo que essa proteção representa uma forma de distribuição da riqueza social¹⁷².

Assim, indispensável não só a positivação dos direitos fundamentais de liberdade na Constituição do país, mas, acima de tudo, que o Estado assegure dotações orçamentárias e recursos financeiros adequados, captados na forma de receita derivada junto aos particulares

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*: Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 148-149.

¹⁷¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-214.

¹⁷² GALDINO, 2005, p. 200.

ou de receita originária, mediante a exploração de seu próprio patrimônio¹⁷³.

Feitas essas incursões, passa-se, agora, à análise do princípio da justa igualdade de oportunidades, expresso na ideia de que as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de justa igualdade equitativa de oportunidades, esclarecendo-se que o primeiro princípio tem precedência sobre o segundo e este sobre o princípio da diferença, como enfatiza Rawls¹⁷⁴.

A propósito, esclarece Rawls que o princípio em análise contrapõe-se ao princípio da eficiência¹⁷⁵ utilizado na economia, o qual expressa a ideia de que, para haver justiça, basta que os cargos estejam abertos a todos os capacitados e dispostos a lutar por eles¹⁷⁶, o que não resolve a questão de justiça de fundo, pois propõe igualar os concorrentes em situação assimétrica, em razão de fatores arbitrários (limitações cognitivas, privação de recursos materiais mínimos).

No exame do princípio citado, o próprio Rawls deixa claro, preliminarmente, que, embora se trate de uma noção difícil, sua função primordial é “corrigir os defeitos da igualdade formal de oportunidades¹⁷⁷”, tendo em vista que circunstâncias fora do controle das pessoas podem levá-las a desvantagens quanto ao acesso às carreiras abertas a todos, destacando-se, entre os fatores aleatórios, as contingências econômicas, que podem levar a profundas desigualdades materiais, podendo também decorrer da origem familiar e dos talentos naturais.

Nessa trilha, Rawls pontifica:

Assim, o princípio postula que, para tratar a todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é reparar o viés das contingências na direção da igualdade¹⁷⁸.

Por meio do princípio em referência, pretende-se combater as desigualdades arbitrárias, o que implica uma forma contundente de superar a mera igualdade formal que parece um mito do positivismo jurídico de matriz kelseniana, pois a satisfação dessa espécie de igualdade exige-se tão só que o Estado garanta, normativamente, que todos sejam iguais perante a lei, como ocorre quando se lança o edital de concurso público, sem que o ente

¹⁷³ Cf. classificação das receitas públicas dada por Aliomar Baleeiro. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁷⁴ RAWLS, *Op. cit.*, p. 60.

¹⁷⁵ Cf. RAWLS, esse princípio é o da otimalidade de Pareto, conforme denominam os economistas. Esse princípio destina-se a aplicar-se a determinadas situações do sistema econômico, como a distribuição de bens entre consumidores ou modos de produção. *Uma teoria da justiça*, p. 81.

¹⁷⁶ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 80.

¹⁷⁷ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 61.

¹⁷⁸ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 120.

estatal ofereça, nos anos escolares, condições educacionais adequadas aos potenciais candidatos.

Essa resposta estatal da igualdade formal não é suficiente para enfrentar o cerne da questão relativa à desigualdade decorrida de fatores arbitrários, porquanto os posicionados em situação subalterna não estarão em pé de igualdade de condições para concorrer, na mesma corrida, com aqueles bem dotados, seja em razão de fatores naturais, seja por efeitos cumulativos de distribuições anteriores¹⁷⁹, geradas pela dinâmica do sistema econômico.

Assim, pretende-se alcançar a igualdade substancial, que exige não apenas que os cargos e as posições sejam abertos a todos, mas, fundamentalmente, que todos tenham uma chance justa de alcançá-los, o que requer que a sociedade, por intermédio do Estado, adote medidas aptas a oferecer condições materiais para equilibrar a disputa entre os concorrentes favoritos e os menos dotados¹⁸⁰.

No que tange à educação, Rawls é bem explícito ao afirmar que, na aplicação do princípio em análise, justifica-se despender mais recursos financeiros em favor dos menos dotados, comparativamente aos que possuem melhor quociente de inteligência, pelo menos nos primeiros anos da vida escolar.

O propósito maior desse princípio é o de afastar desigualdades decorrentes de fatores arbitrários, não controláveis pelos menos favorecidos, e que os colocam em desvantagem na disputa por cargos e funções públicas ou privadas, gerando, por via de consequência, frustrações, insegurança, baixa-estima, sentimento de injustiça e esvaziamento de expectativas legítimas, o que é contrário a uma ordem social justa.

Diante disso, seria moralmente aceitável responsabilizar, exclusivamente, as pessoas pelo eventual insucesso na conquista de cargos ou posições sociais, se não lhes é oferecido um ensino de qualidade, com recursos pedagógicos e didáticos similares aos das escolas de elevado padrão?

Afirma Dworkin que “assumimos responsabilidades por nossas escolhas de diversas maneiras”. Entretanto, só pode ser responsabilizados se essas escolhas são feitas de forma livre e espontânea, não sendo justo impor consequências às pessoas, condenando-as ao fracasso social, quando essa situação decorre de manipulações ou foram ditadas por fatores externos fora do controle das pessoas¹⁸¹.

¹⁷⁹ MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006, p. 74-75.

¹⁸⁰ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 61-62.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronal. *A virtude soberana: teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 455.

Nesse âmbito de debate, pode-se afirmar que a posição social subalterna de determinadas pessoas, em muitas situações, não resulta de más escolhas que teriam feito na vida, mas de circunstâncias que lhe impediram de ter acesso a uma educação de qualidade ou de desenvolver certas funcionalidades, como diria Amartya Sen¹⁸².

No senso comum, a reprodução da desigualdade é reforçada e perpassada por meio da exaltação ao mérito. Nessas condições, o sucesso que pessoas de berço familiar ou de altos talentos alcançam na disputa por cargos ou funções, públicos ou privados, é tributado ao mérito pessoal. Inversamente ocorre quanto aos que, em razão de dificuldades materiais ou falta de igual oportunidade, não logram sucesso. Esses são tratados, pelo senso comum, como incapazes, fracassados, dentre outros qualificativos.

De forma percuciente, Camille Peugny aponta essa situação quando assevera que “a reprodução das desigualdades perdura em um nível muito elevado no seio de uma sociedade que adora comemorar a igualdade de oportunidades¹⁸³”.

No tópico intitulado naufrágio do “mérito”, com bastante lucidez Peugny denuncia a inconsistência do critério meritório em sociedades que não oferecem chances reais de oportunidades aos mais vulneráveis da sociedade. Veja seu pronunciamento:

A glorificação do mérito é o corolário da invisibilidade do social: uma vez que os antagonismos sociais são negados, cada indivíduo é levado à categoria de ator responsável por suas escolhas, seus sucessos e insucessos. Essa onipresença do mérito, nos discursos que a sociedade produz sobre si mesma, é de fato paradoxal em uma época em que a precariedade não para de avançar. Por exemplo, se fosse, a rigor, concebível responsabilizar os desempregados por sua situação na era do pleno emprego, incriminá-los na era do desemprego em massa parece completamente incoerente. Assim, as franjas mais frágeis da população não apenas devem enfrentar riscos acentuados de desqualificação social, mas lhe é apontado, além disso, o dedo: no momento do “mérito” e da igualdade de chances”, os indivíduos devem prestar contas e carregar o fardo de suas próprias dificuldade¹⁸⁴.

Como evidenciado, a “glorificação do mérito” esconde antagonismos sociais e efeitos perversos do jogo econômico, tirando qualquer responsabilidade da sociedade e do Estado quanto ao insucesso ou fracasso dos desprivilegiados ou “invisíveis sociais”, para usar uma terminologia da psicologia social¹⁸⁵ e da fenomenologia.

Na mesma direção, Jessé Souza, em capítulo intitulado *Senso comum e justificação da desigualdade*, posiciona-se no sentido de que no mundo moderno o que

¹⁸² SEN, 2010, p.

¹⁸³ PEUGNY, Camille. *O destino vem do berço? Desigualdades e reprodução social*. Tradução Vanina Carrara Sigrist. Campinas, SP: Papirus, 2014, p. 15.

¹⁸⁴ PEUGNY, 2014, p. 24-25.

¹⁸⁵ CARNEIRO, Ava da Silva Carvalho. *A desigualdade e a invisibilidade social na formação da sociedade brasileira*. Disponível em www.cult.ufba.br. Acesso em 25.08.2016.

legítima a desigualdade baseada nos privilégios é a ideologia de que as conquistas de alguns decorrem do talento especial ou do mérito dos indivíduos, como se constata:

No mundo moderno, cuja legitimidade é baseada na liberdade e igualdade de seus membros, o poder não se manifesta abertamente como no passado. No passado, o pertencimento à família certa e à classe social certa dava a garantia, aceita como tal pelos dominados, de que os privilégios eram “justos” porque espelhavam a “superioridade natural” dos bem-sucedidos. No mundo moderno, os privilégios continuam a ser transmitidos por herança familiar e de classe, como veremos adiante, mas sua aceitação depende de que os mesmo “apareçam”, agora, não como atributo de sangue, de herança, de algo fortuito, portanto, mas como produto “natural” do “talento especial, como do mérito do indivíduo privilegiado”¹⁸⁶.

Em linha complementar, destaca o autor como as “igualdades de oportunidades” são postas pelo senso comum para “legitimar” as desigualdades subjacentes na sociedade, sem que os menos favorecidos percebam a injustiça.

Existiria, no mundo moderno, uma “igualdade de oportunidades”, que seria forma de conciliar as demandas de igualdade e liberdade. Os privilégios que resultam disso não seriam “desigualdades fortuitas”, como no passado com a dominância do status de sangue, mas “desigualdades justas” porque decorrentes do esforço e desempenho diferencial do indivíduo.

Nesse sentido, podemos falar que a ideologia principal do mundo moderno é a “meritocracia”, ou seja, a ilusão, ainda que seja uma ilusão fundamentada na propaganda e na indústria cultural, de que os privilégios modernos são “justos”¹⁸⁷.

É importante notar que não se pretende repudiar de todo modo o critério do mérito, uma vez que, numa sociedade justa, que garante aos seus cidadãos condições equitativas de disputa a cargos e posições, no sentido de garantir aos concorrentes chances reais de conquistas, é válido reconhecer-se em mérito em relação aos que conseguem obter sucesso. Todavia, se as condições de disputa são desiguais, em vista do desequilíbrio entre os concorrentes, por razões arbitrárias, não é legítimo sustentar o mérito. Não é nada moral e justo enaltecer um vencedor que disputou um certame em condições vantajosas, sem que os concorrentes tivessem acesso às mesmas condições para enfrentar o certame.

Ponderando sobre o tema, Rawls afirma que, numa sociedade justa, que adota uma concepção de justiça baseada na valorização de todos, o mérito deve ser compreendido como “direito conquistado em condições equitativas”¹⁸⁸.

Uma ilustração simples permite compreender bem a ideia ora esposada. Suponha-se uma disputa de atletismo, na modalidade corrida de velocidade de 100 (cem) metros, na qual dois concorrentes disputam o prêmio. Um deles recebeu todas as condições necessárias

¹⁸⁶ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 42- 43.

¹⁸⁷ SOUZA, 2009, p. 43.

¹⁸⁸ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 111.

para enfrentar o certame, desde treinamento com profissional adequado, alimentação, entre outros fatores. Já o outro, embora disponha de talento para esse tipo de prova, não teve a mesma oportunidade de preparação, não porque a desprezasse, mas porque não lhe foi oferecida. Em tais condições, constata-se a desvantagem patente do segundo atleta. A eventual vitória do primeiro não pode ser tributada unicamente como decorrente mérito pessoal, dada sua largada em manifesta vantagem.

Em vista dessas considerações, não se admite passar ao largo das questões relacionadas às desigualdades reais, ainda mais quando se tem uma Constituição em que, dentre seus fundamentos, constam a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e na lista de seus objetivos (pontos de chegada) aparecem a justiça social, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, mas quando se olha para a realidade constata-se um abismo. Vê-se uma distância gigantesca entre realidade fática e norma jurídica, entre faticidade e validade, como diria Habermas.

Em argumentação ao princípio em análise, Frank Lovett diz que esse postulado visa, além de proteger as pessoas contra discriminação inaceitável, servir de fundamento para se introduzir um sistema de educação pública de qualidade, a fim de atenuar barreiras de classe e, dessa forma, mitigar a influência de contingências sociais e naturais, o que permitiria às pessoas ingressar no mercado com condições sociais iniciais similares¹⁸⁹.

Fica demonstrado, dessa maneira, que o pressuposto da justiça substancial não reside no paradigma legalista que considera uma sociedade justa só pelo fato de o Estado tratar a todos como iguais na lei. Para a teoria aqui tratada, isso não basta, uma vez que, dadas as contingências arbitrárias, faz-se necessário que o ente estatal contrabalance as deficiências e as vulnerabilidades.

Nesse propósito, compete ao Estado equilibrar o “jogo da vida”, distribuindo recursos públicos, equitativamente, como forma de reparar o viés das contingências, na direção de promover o desenvolvimento das capacidades dos menos favorecidos¹⁹⁰, o que pode ser viabilizado por prestações educacionais em padrão compatível com a meta da igualização. Isso porque a justiça como equidade é que a sociedade tenha um compromisso moral e jurídico com o ideal de igualdade material, com o fim de dar chance de vida boa para todos.

Destaque-se que a vulnerabilidade cognitiva decorrente da deficiência de

¹⁸⁹ FRANK, Lovett. *Uma teoria da justiça de John Rawls*. Tradução Vinícius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 51.

¹⁹⁰ FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Vol. 5, Belo Horizonte: Arraes, p. 2013, p. 30.

conhecimento (deficiência em leitura, de realizar cálculos, raciocínio lógico e abstrato, entre outros domínios) interfere, de modo decisivo, no exercício das liberdades fundamentais das pessoas, na medida em que limita as escolhas, comprometendo o pleno desenvolvimento de suas capacidades e da mobilidade social, conforme demonstra Amartya Sen:

O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais é *constitutiva* de desenvolvimento.

(...)

Oportunidades sociais são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades são importantes não para a condução da vida piada (como por exemplo levar uma vida saudável, livrando-se de morbidez evitável e da morte prematura), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas¹⁹¹.

A partir dessa constatação e de outras considerações ao longo da obra *Desenvolvimento como liberdade*, pode-se ver que somente por meio da liberdade substancial, que elimina privações de conhecimento de qualidade (educação de alto padrão), poder-se-á ter desenvolvimento humano e conseqüentemente efetiva igualdade de oportunidades, não se podendo esquecer que o domínio do conhecimento dá condições de a pessoa influenciar nas decisões políticas e econômicas de sua comunidade. E mais, observa-se que a dimensão da liberdade não se restringe a um sistema de troca no mercado, pois envolve também a possibilidade de efetiva participação política¹⁹² e de acesso a bens educacionais.

Na mesma trilha, Rawls posiciona-se no sentido de que a sociedade tem o dever moral de estabelecer oportunidade igual de educação para todos, independentemente da origem familiar ou de qualquer outro fator aleatório, pois a educação cumpre papel fundamental no desenvolvimento humano, tendo o poder de capacitar o cidadão “a desfrutar da cultura de sua sociedade e participar de suas atividades, e desse modo de proporcionar a cada indivíduo um seguro de seu próprio valor¹⁹³”.

É de se observar, neste ponto, que não se defende prestação de educação de qualquer jeito. Não é suficiente que o Estado ofereça educação para todos. O que se busca é que a sociedade proporcione padrão de educação igual para todos, sem diferença de qualidade, tanto para o rico quanto para o pobre, como modo de promover reparação enquanto mecanismo redutor de desequilíbrio social.

¹⁹¹ SEN, 2010, p. 10 e 59.

¹⁹² SCAFF, Fernando Facury. *República, tributação, finanças*. Disponível em www.lexml.gov.br. Acesso em 26.08.2016.

¹⁹³ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 121.

1.2.5 O princípio da diferença como mecanismo para reduzir desigualdades sociais

Um dos aspectos de maior relevância na teoria da justiça como equidade diz respeito ao princípio da diferença, por expressar um conteúdo profundamente igualitário, que busca promover distribuição equânime de bens no contexto de instituições de fundo da sociedade, como forma de equalizar a ordem social e econômica e favorecer expectativas dos menos favorecidos¹⁹⁴, tendo em vista o fundamento de que cada pessoa tem um valor intrínseco e, em razão disso, tem direito de usufruir de condições dignas de vida.

O propósito superior do princípio da diferença é, então, reequilibrar adequadamente o contexto social e econômico, mediante instrumentos institucionais que regulem a distribuição geral dos bens, de modo a evitar a concentração excessiva de propriedade e riquezas durante o processo cumulativo¹⁹⁵.

Nesse passo, é preciso esclarecer que Rawls não defende um sistema de eliminação das desigualdades, mas um modo de distribuição de recursos que aceita as desigualdades sociais e econômicas entre as pessoas, desde que sejam aplicados os princípios de justiça para corrigir as desigualdades arbitrárias resultantes das forças econômicas e se garanta o mínimo existencial como decorrência do valor intrínseco de cada indivíduo.

Desse modo, as desigualdades somente se justificam se redundarem em uma maior expectativa ou vantagem para os mais pobres, ou seja, quando maximizam o bem-estar dos menos favorecidos, o que se consubstancia num fim a ser perseguido pela sociedade e, do ponto de vista jurídico, deve constar como objetivo do Estado a ser implementado pelo legislador¹⁹⁶.

Rawls demonstra a necessidade de aplicar o princípio da diferença como mecanismo para frear efeitos deletérios do sistema de mercado que, mesmo funcionando em condições ideais de eficiência competitiva, quando não conduzido por uma justiça de fundo adequada, acaba por favorecer uma configuração oligopolista de acumulações que resulta em desigualdades injustificadas e restrições a oportunidades equitativas, ao longo do curso do

¹⁹⁴ Cf. esclarece LOVETT, Flank, a expressão “menos favorecidos” refere-se ao grupo menos aquinhado relativamente a uma determinada estrutura básica e não necessariamente aos menos privilegiados ou à classe trabalhadora, mas ao grupo menos privilegiado como um todo. Avalia-se o grupo de pessoas no contexto do processo distributivo, que, nos EUA, segundo o autor, podem ser os que vivem abaixo da linha de pobreza. *In Uma teoria da justiça, de John Rawls*. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 54.

¹⁹⁵ MÖLLER, 2006, p. 76.

¹⁹⁶ BARCELLOS, 2011, p. 150.

tempo¹⁹⁷.

Com razão Rawls afirma que, embora os negócios possam ser celebrados segundo as regras competitivas, em regime jurídico aparentemente justo e sem má-fé na aquisição da propriedade, a injustiça pode se manifestar, ao longo do processo econômico, inicialmente justo, em razão do resultado global acumulado dos muitos contratos que, agregado às contingências históricas e tendências sociais, acarretará concentração de riqueza e desequilíbrio social¹⁹⁸.

A constatação de Rawls foi confirmada, recentemente, de modo contundente, pela precisa investigação levada a cabo pelo economista Thomas Piketty em sua obra *O capital no século XXI*. Ele, ao examinar a questão da desigualdade sob o ângulo da distribuição da riqueza e da renda, revela que o processo de concentração de riqueza e de renda, cada vez crescente, não decorre de determinismo econômico, mas de deliberações políticas.

Segundo Piketty, a história da desigualdade “é moldada pela forma como os atores políticos, sociais e econômicos enxergam o que é justo e o que não é, assim como pela influência relativa de cada um desses atores e pelas escolhas coletivas que disso decorrem¹⁹⁹”.

Entre as estratégias que esses agentes econômicos usam para atingir seus intentos, aparecem os mecanismos tributários e de finanças, levando a um quadro manifestamente desfavorável aos menos favorecidos.

Em linha conclusiva de sua pesquisa, Piketty argumenta que:

A desigualdade $r > g$ faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem mais rápido do que a progressão da produção e do salário. Essa desigualdade exprime uma contradição lógica fundamental. O empresário tende inevitavelmente a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho. Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a produção. O passado devora o futuro²⁰⁰.

Como demonstrado, esse fenômeno concentrador de riquezas e de renda não pode ser controlado simplesmente pelas leis da concorrência ou pela força do progresso tecnológico, é preciso que o Estado adote uma concepção política de justiça que, mediante suas instituições político-jurídicas, conduza a uma organização econômica e social que proporcione distribuição equânime de riquezas, ainda mais porque o sistema de mercado não é capaz de, por si só, apresentar solução adequada para enfrentar o problema da desigualdade.

¹⁹⁷ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 319-320.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 318-319.

¹⁹⁹ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 27.

²⁰⁰ *Op. cit.*, p. 555.

Na mesma linha de Piketty, Batista Júnior, Ludmila Oliveira e Tarcísio Magalhães, baseados em Stiglitz²⁰¹, sustentam que o modo como ocorrem determinados fatores econômicos e institucionais, tais como o regime de mercado, o sistema financeiro e tributário, o regime de propriedade, previdenciários, dentre outros, é resultado de uma série de escolhas políticas, que podem operar a favor ou contra a desigualdade²⁰². Isso vai depender dos princípios de justiça adotados pelo Estado como condutor dos rumos da sociedade.

No que respeita ao papel do Estado, em sua perspectiva social, Bercovici ressalta que seu principal objetivo é a busca da igualdade material, da igualdade de oportunidades, o que implica liberdade, com vistas a reduzir desigualdades, não podendo mais reduzir-se a garantir a igualdade formal ou jurídica. Nesse rumo, cumpre à instância estatal ser responsável pelas condições básicas de vida de seus cidadãos e, em razão disso, exercer a condução política da distribuição das riquezas geradas na sociedade²⁰³.

As desigualdades no Brasil, como decorrência de fatores arbitrários (articulação de fatores econômicos, políticos e jurídicos), refletem-se nos índices de desenvolvimento humano (IDH), que varia, inclusive de região para região e no interior das unidades federadas, conforme se pode ver no Figura 1 abaixo²⁰⁴:

Figura 1 – Índices de desenvolvimento humano (IDH)

Estado:

Ordenado pelo IDHM

Faixas de desenvolvimento humano

● Muito Alto	0,800 - 1,000
● Alto	0,700 - 0,799
● Médio	0,600 - 0,699
● Baixo	0,500 - 0,599
● Muito Baixo	0,000 - 0,499

Posição	Lugares	IDHM	IDHM Renda	IDHM Longevidade	IDHM Educação
1º	São Caetano do Sul (SP)	0.862	0.891	0.887	0.811
2º	Águas de São Pedro (SP)	0.854	0.849	0.890	0.825
3º	Florianópolis (SC)	0.847	0.870	0.873	0.800
4º	Balneário Camboriú (SC)	0.845	0.854	0.894	0.789
4º	Vitória (ES)	0.845	0.876	0.855	0.805
6º	Santos (SP)	0.840	0.861	0.852	0.807
7º	Niterói (RJ)	0.837	0.887	0.854	0.773
8º	Joaçaba (SC)	0.827	0.823	0.891	0.771
9º	Brasília (DF)	0.824	0.863	0.873	0.742
10º	Curitiba (PR)	0.823	0.850	0.855	0.768
11º	Jundiaí (SP)	0.822	0.834	0.866	0.768
12º	Valinhos (SP)	0.819	0.848	0.850	0.763
13º	Vinhedo (SP)	0.817	0.840	0.878	0.739
14º	Santo André (SP)	0.815	0.819	0.861	0.769
14º	Araraquara (SP)	0.815	0.788	0.877	0.782
16º	Santana de Parnaíba (SP)	0.814	0.876	0.849	0.725

Fonte: <http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>, 2016.

²⁰¹ Cf. STIGLITZ, Joseph E. Textos desse autor citados *Inequality is a Choice; A tax system Stacked Against the 99 Percent*, 2015.

²⁰² *Op. cit.*, p. 229.

²⁰³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonadi, 2003, p. 52-53.

²⁰⁴ Dados disponíveis em <<http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.






Vale ressaltar que essa desigualdade socioeconômica manifesta-se de maneira microrregional em Estados que já apresentam déficits nos indicadores. Observa-se que entre os próprios municípios do Estado do Amapá ocorrem discrepâncias em relação ao IDH²⁰⁵.
















Figura 2 – Índices de desenvolvimento humano microrregiões (IDH)

Estado:

Ordenado pelo IDHM

Faixas de desenvolvimento humano

	Muito Alto	0,800 - 1,000
	Alto	0,700 - 0,799
	Médio	0,600 - 0,699
	Baixo	0,500 - 0,599
	Muito Baixo	0,000 - 0,499

Posição	Lugares	IDHM	IDHM Renda	IDHM Longevidade	IDHM Educação
1°	Macapá (AP)	 0.733	0.723	0.820	0.663
2°	Serra do Navio (AP)	 0.709	0.659	0.783	0.692
3°	Santana (AP)	 0.692	0.654	0.794	0.638
4°	Laranjal do Jari (AP)	 0.665	0.641	0.801	0.573
5°	Oiapoque (AP)	 0.658	0.693	0.779	0.527
6°	Ferreira Gomes (AP)	 0.656	0.635	0.820	0.542
7°	Calçoene (AP)	 0.643	0.636	0.759	0.550
8°	Amapá (AP)	 0.642	0.631	0.790	0.532
9°	Porto Grande (AP)	 0.640	0.610	0.777	0.554
10°	Cutias (AP)	 0.628	0.576	0.760	0.566
11°	Pedra Branca do Amapari (AP)	 0.626	0.628	0.779	0.502
12°	Vitória do Jari (AP)	 0.619	0.587	0.781	0.517
13°	Pracuúba (AP)	 0.614	0.539	0.790	0.544
14°	Mazagão (AP)	 0.592	0.609	0.758	0.449
14°	Tartarugalzinho (AP)	 0.592	0.553	0.794	0.473
16°	Itaubal (AP)	 0.576	0.528	0.758	0.477

Fonte: <http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>, 2016.

Verifica-se, na Figura 2, que enquanto a capital apresenta um IDH em nível alto, de outro lado, determinados municípios, tais como Mazagão, Tartarugalzinho e Itaubal, apresentam baixos índices de desenvolvimento humano, revelando uma situação de desigualdades sociais no microsistema geográfico.

Essas ocorrências se repetem em outras unidades da federação, como por exemplo, nos Estados do Maranhão, Pará, onde há dezenas de municipalidades em que seus cidadãos se encontram em situação de pobreza e indignidade.

Diante desse cenário, o que se pode exigir do poder público para promover igualização social em decorrência dos princípios da igualdade de oportunidades e da diferença?

As contradições no Brasil não param nesses casos. Segundo o Banco Mundial, o Estado brasileiro ocupa a 8ª posição no *ranking* das maiores economias do mundo. Entretanto, de modo paradoxal, no que se refere ao IDH o Brasil não apresenta o mesmo desempenho, de vez que ocupa a 75ª colocação do *ranking* mundial (2014), ou seja, uma posição vexatória, o que força a seguinte pergunta: por que essa gritante contradição?

²⁰⁵ Dados disponíveis em <<http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

Em face desse quadro contraditório, o que o Direito tem a ver com isso?

De que forma se pode aplicar o princípio da justiça distributiva, tal como formulado por Rawls, para atenuar essas discrepâncias?

Particularizando um pouco mais a questão: de que modo o (sub) sistema tributário brasileiro reverbera na reprodução das desigualdades sociais? Ou ainda, como o arcabouço tributário repercute no financiamento de direitos fundamentais sociais como educação e saúde?

Retornando ao princípio da diferença, Rawls explica que as desigualdades existentes na distribuição da renda e da riqueza só serão legítimas caso possam beneficiar os menos favorecidos socialmente, isto é, as pessoas em maiores desvantagens; do contrário, as desigualdades não serão toleráveis, visto que a disparidade social não seria justificável moralmente, estando em dissonância com a ideia de justiça como equidade²⁰⁶.

Esse princípio expressa o entendimento de que, partindo da divisão igualitária, os mais posicionados na sociedade não estarão em melhor situação em detrimento de pessoas que se encontram em pior estado material.

No intuito de explicar o princípio da diferença, Flank Lovett faz a seguinte indagação: “que estrutura básica satisfaz o princípio da diferença?”²⁰⁷. Em seguida, oferece uma Quadro 1 que ajuda a entender essa ideia²⁰⁸:

Quadro 1 – princípio da diferença

Estruturas Básicas			
	I	II	III
Classe Trabalhadora	10	15	18
Empreendedores	10	25	14

De acordo com o autor, a situação que satisfaz o princípio da diferença é a segunda (II) e não a terceira (III). Por quê? Porque na terceira a classe trabalhadora teve um aumento sem que isso correspondesse a um acréscimo equitativo em favor dos empreendedores. Já na terceira hipótese, o acréscimo deu-se equitativamente em ambas as categorias. Nessas condições, a justiça como equidade somente se satisfaz se importar em melhores condições para todos.

Agora, convém estabelecer uma relação entre o princípio da diferença e o da

²⁰⁶ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 90-91.

²⁰⁷ LOVETT, 2013, p. 54.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 54.

reciprocidade como fundamento para políticas públicas, entre as quais a do *mínimo social*, que deve funcionar como mecanismo para reduzir desigualdades.

Nesse ponto, a doutrina utilitarista propõe a aplicação do princípio da utilidade restrita, como critério para determinar esse benefício, mas a teoria rawlsiana não vê com bons olhos essa alternativa, pois não cobre as necessidades básicas para uma vida decente. A resposta apontada por Rawls tem como fundamento o princípio da reciprocidade que garante, pelo menos, as condições básicas para uma existência digna.

A proposta rawlsiana é muito mais interessante, fazendo o mínimo social derivar da ideia de reciprocidade. E isso porque parte do pressuposto da sociedade como sistema de cooperação entre pessoas livres e iguais, o que não ocorre na doutrina utilitarista²⁰⁹.

Nesse contexto, o Direito Financeiro tem papel relevante para a determinação dessa função social do Estado, que deve garantir recursos orçamentários à concretização de políticas públicas destinadas a assegurar o mínimo social como instrumento de equalização social no Estado Democrático de Direito.

Ainda em linha de desdobramento ao princípio da diferença, a justiça como equidade exige que a distribuição de talentos seja visualizada como bem comum em razão, também, do princípio da reciprocidade, que é norteador da sociedade, enquanto sistema equitativo de cooperação social. Dessa forma, concilia-se o interesse particular com o interesse social.

Expressando-se acerca da preocupação dos teóricos da doutrina liberal-igualitária com relação ao dever ético-moral quanto aos que estão em pior situação, Álvaro de Vita aduz:

(...) para o liberalismo igualitário, somente pode ser justificada moralmente uma estrutura institucional que propicie a todos que a ela estão sujeitos, e sobretudo aos que estão em pior situação, os direitos, os recursos e oportunidades que permitam a cada um empenhar-se em realizar sua própria concepção da boa vida.

(...) Do ponto de vista liberal-igualitário, avaliamos moralmente as normas institucionais que distribuem direitos e deveres também por suas conseqüências para os “estados finais” resultantes, isto é, para a qualidade de vida daqueles que têm de viver sob essas normas²¹⁰.

Defende-se aqui uma posição em que o ente estatal é concebido como instrumento para articular arranjos jurídicos capazes de criar condições favoráveis ao pleno desenvolvimento das pessoas, combatendo desequilíbrios sociais, mediante parâmetros distributivos necessários para garantir justiça social e econômica²¹¹.

²⁰⁹ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 183.

²¹⁰ VITA, 2007, p. 36.

²¹¹ RAWLS, *Op. cit.*, p. 67.

Isso implica no dever do Estado em oferecer condições mínimas de existência humana, ou seja, a ideia do mínimo social (*social minimum*), no sentido de quantidade mínima de bens sociais abaixo da qual o ser humano não tem condições de sobreviver com dignidade.

Nesse norte, verbera Ricardo Lobo Torres que “as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.²¹²

Essa nova forma de interpretar o signo da justiça distributiva tem consequências importantes em matéria de distribuição de recursos públicos, com relevante repercussão no campo do Direito Financeiro, uma vez que serve de fundamento para comprometer o Estado a garantir o adequado financiamento aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais saúde e educação.

A justiça distributiva tem seu enfoque na qualidade de vida dos cidadãos e nas liberdades e não no critério de renda *per capita* ou no crescimento da economia medida pelo Produto Interno Bruto (PIB), que não leva em consideração as condições de vida e de privações dos menos aquinhoados na sociedade.

Portanto, a participação de todos na riqueza comum é fundamental para promover a vantagem socioeconômica equitativa a cada cidadão. Essa riqueza coletiva deve gerar oportunidades sociais por meio de serviços públicos, como saúde e educação de qualidade, em igualdade de acesso, com vistas a melhorar as condições de vida dos integrantes do empreendimento justo e democrático, sem o que não é possível o exercício da verdadeira liberdade.

Entre outros aspectos, a teoria da justiça proposta por Rawls procurou demonstrar que o Estado, por meio de suas instituições fundamentais, deveria atuar de modo mais forte no sentido de igualar as pessoas em suas condições básicas, merecedoras de igual tratamento, o que representa um forte contraponto à doutrina utilitarista²¹³.

Em termos práticos, o fundamento teórico aqui adotado tem implicações nas decisões públicas, entre as quais no dever de se produzirem normas jurídicas, segundo o processo legislativo democrático, aptas a realizar uma justa distribuição de recursos públicos para o custeio dos serviços públicos essenciais em favor de toda a coletividade, enquanto

²¹² TORRES, 1995, p. 36.

²¹³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 33

condição para propiciar o desenvolvimento das potencialidades e capacidades humanas²¹⁴.

Considerando que o mercado não é o mecanismo, por si só, adequado para promover a justa distribuição de riquezas, que garanta dignidade a todas as pessoas, como já demonstrou a história e como ilustram as crises do sistema capitalista e o quadro de graves desigualdades sociais experimentadas em diversas sociedades, o supremo valor intrínseco do ser humano impõe que as sociedades adotem princípios de justiça distributiva como forma de promover a igualização das condições socioeconômicas em sociedades tão díspares como a brasileira.

A posição adotada por Rawls em *Liberalismo político*, quanto a admissibilidade de mudança da ordem do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, conforme já destacado anteriormente, aproxima-o de Dworkin, no ponto em que este demonstra não haver prioridade do ideal de liberdade em relação ao de igualdade, desfazendo o suposto conflito entre ambos, pois são ideais inseparáveis, não sendo admissível o discurso de que para se garantir liberdade deve-se abrir mão da igualdade, porquanto fazem parte do mesmo ideal político²¹⁵.

²¹⁴ Cf. defende SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução Ricardo Donineli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 34-37.

²¹⁵ DWORKIN, *Op. cit.*,

2 FEDERALISMO COOPERATIVO E IGUALDADE FEDERATIVA: fundamentos para promover equalização fiscal com cidadania

2.1 Considerações introdutórias

Em um contexto de federação, assinalada com diferentes níveis de governo²¹⁶, a distribuição de recursos públicos constitui-se tema que suscita disputas não só acadêmicas, como a de saber que teoria deve nortear o enfrentamento das questões distributivas, mas também se torna objeto de controvérsia entre os entes federados, tanto no plano vertical, configurada pela tensão entre o governo central e os entes subnacionais, quanto no plano horizontal, isto é, disputa entre as unidades subnacionais de mesmo nível.

As questões que envolvem a partilha de recursos públicos na federação são complexas, sensíveis e se tornam ainda mais tensas quando as relações federativas são marcadas por drásticos desequilíbrios financeiros e a sociedade para a qual se destinam a aplicação dos recursos apresenta um quadro intolerável de disparidades sociais²¹⁷, que precisa ser enfrentado por meio de mecanismos distributivos adequados, que se traduzam em efetiva melhoria das condições de vida dos cidadãos²¹⁸.

No Brasil, em razão das recentes da edição da Lei 12.734/2012, que alterou o arranjo distributivo *royalties* petrolíferos, em vista das recentes descobertas das reservas do pré-sal, a temática do federalismo ganhou renovados debates no meio acadêmico, no setor político-parlamentar e chegou também à esfera do Judiciário, em virtude do ajuizamento de várias ações perante o Supremo Tribunal Federal (STF), na modalidade Ação Direita de

²¹⁶O modelo de federação clássico, também conhecido como dual ou dualista, caracteriza-se pela existência de duas esferas de poder nitidamente distintas e com competências próprias. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um tipo de federação diferenciado, na medida em que se apresenta com três esferas de poder: a esfera da União; a dos Estados-membros e Distrito Federal e a dos Municípios. PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. Federalismo, Tipos de Estado e conceito de Estado Federal. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 8-9.

²¹⁷Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, (PNUD), versão 2015, ao considerar o índice de desigualdades sociais (IDH Ajustado à Desigualdade), o Brasil fica com a média 0,557, posicionando-se abaixo da média da América Latina, que é de 0,570. Nessas condições, o Estado brasileiro fica bem abaixo de outros países latinos, como Argentina (40º no ranking mundial, com média 0,836), Chile, Uruguai, Bahamas, Barbados, Panamá, Cuba, Costa Rica, dentre outros. Matéria jornalística – UOL Notícias – Internacional – título: *Desigualdade social faz Brasil perder um quarto do IDH em novo índice do PNUD*. Disponível em <https://noticias.uol.com.br> Acesso em 20.fev.2017.

²¹⁸O termo cidadão é empregado neste capítulo conforme adotado pela concepção rawlsiana esposada no capítulo primeiro, ou seja, no sentido de pessoa portadora do direito de reivindicar direitos, inclusive os direitos sociais e ambientais, a exigir adoção de políticas públicas por parte do Estado.

Inconstitucionalidade (ADI), em que os Estados confrontantes²¹⁹ argumentam que a nova forma de rateio padece de constitucionalidade.

Diante desse cenário, o questiona-se se o novo arranjo distributivo para os *royalties* do petróleo, introduzido pela recente legislação, guarda ou não consonância com a concepção de federalismo adotado pela Constituição Federal de 1988.

Nessa esteira, indaga-se ainda se há fundamentos plausíveis que podem ser acolhidos para justificar a adoção do novo regime de partilha dos *royalties* petrolíferos no Brasil e se a Lei 12.734/2012 ofende ou não princípio da igualdade entre os Estados-membros, aqui denominada de igualdade federativa²²⁰.

Constata, *prima facie*, que o enfrentamento da questão demanda uma investigação interdisciplinar e até mesmo transdisciplinar, na medida em que exige uma incursão pelo campo da Filosofia Política normativa, da Teoria do Estado, da Ciência Política, do Direito Constitucional e Financeiro e de tantos outros aportes teóricos.

A despeito da redistribuição de receitas públicas de natureza patrimonial na esfera do Estado federal constituir um tema extremamente relevante, poucas pesquisas têm tratado dessa matéria segundo abordagens teóricas adequadas que ofereçam respostas compatíveis com o ideal político da sociedade brasileira, tal como veiculado na Constituição Federal.

É de se adiantar que as decisões que dizem respeito à distribuição de recursos financeiros na Federação não valem para todos os tempos e lugares, pois impossível à ciência e à lei prevê todas as variáveis da realidade, por sinal complexa.

Disso resulta que, em cada momento histórico e diante de novos desafios, a sociedade pode reavaliar o modo como os recursos públicos são distribuídos, nomeadamente quando os critérios até então empregados não condizem com seus ideais de justiça.

²¹⁹Para fins de rateio dos *royalties* petrolíferos, a definição de Estado confrontante consta da Lei 7.525/1986, que considera como tais aqueles entes federados que geograficamente ficam localizados em áreas que confrontam com os poços petrolíferos marítimos, tais como os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo.

²²⁰O princípio da igualdade federativa tem respaldo na própria Constituição Federal de 1988, que assegura a igualdade entre os Estados e a autonomia a todos os entes federados (art. 18, *caput*, CF/88). Além disso, a Carta Constitucional veda a criação de preferências ou discriminação injustificadas, no âmbito da Federação, conforme art. 19, III, o que justifica a intervenção do governo central no sentido de buscar o equilíbrio financeiro entre os entes federados, o que pode ser feito mediante a cooperação intergovernamental.

2.2 Estado federal e federalismo na concepção contemporânea

2.2.1 Estado federal²²¹: breve incursão histórica em torno da matriz norte-americana

Embora se tenha notícia de que sociedades políticas mais remotas como a Grécia antiga tenham experimentado estruturas políticas baseadas em princípios federais, o fato é que a ideia de Federação como forma de organização política do Estado é uma ideia moderna e relaciona-se, em grande medida, com o surgimento da Federação norte-americana, mas não se pode olvidar sua história no continente europeu²²².

Na contemporaneidade, a federação como forma de organização político-jurídica do Estado constitui-se parâmetro para diversos países, entre os quais pode mencionar os Estados Unidos da América, o Brasil, o México, a Alemanha, o Canadá.

Apesar de variados países se organizarem como Federação, cada um possui suas peculiaridades em termos de valores e ideais políticos, de forma que os arranjos político-jurídicos e a forma de distribuição ou redistribuição financeira variam conforme essas particularidades²²³.

Dentre essas experiências, a norte-americana, que se originou no final do século XVIII²²⁴, é apontada por muitos estudiosos como a que representa certos traços de Estatal federal no sentido que se conhece modernamente.

Entretanto, a Federação norte-americana não é a única a servir de inspiração às sociedades contemporâneas, pois na Europa a experiência contemporânea da Alemanha como Estado federal tem influenciado a outros países a se inspirarem em suas práticas federalistas, principalmente em razão da adoção do federalismo de cooperação, que estabeleceu um interessante político-jurídico para promover equalização fiscal e financeira a fim de garantir

²²¹A noção de Estado federal indica uma forma de Estado e não de governo. Nesse sentido, Estado federal contrapõe-se à ideia de Estado unitário. Dallari comenta que há autores que sustentam a existência de uma terceira espécie de Estado, o Estado Regional, menos centralizado que o unitário, mas sem chegar à descentralização mais alargada do Estado federal. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251.

²²²BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11-12.

²²³Forum of federations. *Federalism by country*. Disponível em <<http://www.forumfed.org/en/federalism/federalismbycountry.php>>. Acesso em 20.jan.2017.

²²⁴MOREIRA, André Mendes. *Repatrição de receitas tributárias e autonomia federativa*. GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba-PR: Juruá, 2016, p. 62.

prestação de serviços públicos com padrão de qualidade mínima para todos²²⁵.

No que tange à Federação norte-americana, convém lembrar que esta emergiu de um processo de lutas pela independência e de debates em diversos congressos, como os de Filadélfia, até que decidiram romper com a Inglaterra e formar uma Confederação, em 1781, mediante a celebração de um *contrato*²²⁶.

Nesse contrato ficou acordado que “Cada Estado reterá sua soberania, liberdade e independência, e cada poder, jurisdição e direitos, que não sejam delegados expressamente por esta confederação para os Estados Unidos, reunidos em Congresso [...], nos termos do art. 2º dos Artigos da Confederação²²⁷”.

A prática demonstrou, todavia, que o pacto confederado não era suficiente forte para manter a unidade e o equilíbrio nas relações de poder entre os Estados que se uniram na confederação, em virtude dos conflitos de interesses recorrentes (disputas internas) que enfraquecia a própria organização política desse modelo estatal.

Diante da tensão instalada, os Estados confederados, por suas lideranças e teóricos, entre os quais Alexander Hamilton, James Madison e John Jay²²⁸, passaram a defender a ideia de se fazer ajustes e novos arranjos na organização política daquele país, com o fim de propiciar melhor equilíbrio nas relações federativas, daí que se transformaram em uma Federação em 1787²²⁹.

Esse ato de transformação da confederação em federação deu-se novamente por meio de um acordo formal, um autêntico *contrato federal*²³⁰, inclusive com a proclamação de sua Constituição²³¹, o que revela o caráter consensual e agregador de sua formação.

Neste passo, cabe uma observação a respeito da Federação brasileira. É que, enquanto a Federação norte-americana resultou de um acordo entre as unidades políticas pré-existentes, formalizado por um contrato, no Brasil esse processo deu-se sem a legitimidade

²²⁵LAUFER, Heinz. O ordenamento financeiro no estado federativo alemão. In: *O federalismo na Alemanha*. Traduções, Ano 1995, nº 7. Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, p. 152-155.

²²⁶BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalismo fiscal brasileiro. DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 16.

²²⁷BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES. *Op. cit.*, p., 2015, 16.

²²⁸Cf. FEIJÓ, Alessandro Rahbani Aragão; HISSA, Carolina Soares, coube ao trio Alexander Hamilton, James Madison e John Jay o papel de formular a criação e estruturação da Federação norte-americana. Na época, esses teóricos e líderes do movimento federalista formularam um documento intitulado “O Federalista”, compilado em 85 artigos, dos quais 29 atribuídos a Madison, 05 a Jay e 51 a Hamilton. A Constituição brasileira de 1981 e o federalismo norte-americano. In: MORAES, Filomeno (Org.). *Teoria do Poder*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 3-4.

²²⁹HONÓRIO, Antônio Gonçalves. *Federalismo e tributação internacional*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 31-32.

²³⁰BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES. *Op. cit.*, 2015, p. 16-17.

²³¹BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.11.

necessária do povo, pois resultante de um ato de cima para baixo (Ato do Imperador) e mediante um processo de desagregação do Estado Unitário.

Ao analisar esse curioso fato político-institucional, Antonio Gomes Maués tece os seguintes comentários:

Em sua origem, a federação brasileira não resultou de um acordo entre as unidades políticas pré-existentes, tal como na experiência norte-americana, mas sim da *desagregação* do Estado Unitário que, sob a forma de governo monárquico, estabeleceu-se a partir da independência, em 1822. As unidades territoriais no Império, chamadas “Províncias”, foram organizadas a partir do governo central, que indicava seus presidentes entre os membros da elite política que estivessem desvinculados das regiões que iriam governar²³².

Em linha conclusiva, pontua Maués que, “Por essa razão, sempre houve dificuldades no Brasil para compreender a federação como um pacto entre partes livres e iguais, tendo em vista que os arranjos institucionais e políticos dominantes estendiam aos Estados a vontade das elites dirigentes do país²³³.”

Embora não conste do texto da Constituição americana de 1787 as expressões *federação*, *federalismo* e *Estado federal*, essas categorias são deduzidas da interpretação que se faz a esse documento jurídico-político²³⁴.

É de se registrar que esse novo arranjo de distribuição do poder configurou uma espécie de Federação de dois níveis²³⁵, em que se assegurou, simultaneamente, a unidade do Estado federal e autonomia aos estados-membros e também uma relação de causalidade entre Constituição Federal e Estado Federal como acentua Raul Machado Horta²³⁶.

Conforme já dito, a Federação norte-americana não é a única possibilidade histórica e jurídica de surgimento dessa forma de organização do Estado, como enfatizam Onofre Batista Júnior, Ludmila de Oliveira e Tarcísio Magalhães, que, apoiados em estudos de LOIUS LE FUR (1870-1943), afirmam haver registros históricos de formação de Estados federados sem vinculação com a ideia de pacto ou contrato entre os entes federados, como é o caso do federalismo brasileiro²³⁷.

No caso brasileiro, constata-se que a sua transformação em Estado Federal não se

²³²MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 65.

²³³MAUÉS, 2005, p. 65..

²³⁴BARACHO, 1986, p. 36.

²³⁵MAGALHÃES, Luiz José Quadros de. *Federalismo e descentralização*. Pacto Federativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 15.

²³⁶HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Revista e atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: 2010, p. 273.

²³⁷BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES, 2015, p. 17.

deu mediante um pacto entre as antigas províncias. Assim, sem que houvesse celebração de um contrato, as províncias da época (hoje estado-membros) receberam certa autonomia e direito de participação na formação da vontade da União²³⁸.

Outra situação ocorreu com a Suíça em 1848, em que o nascimento daquele Estado Federal não decorreu da manifestação de vontades das unidades federadas, mas sim de um movimento nacional, de modo que a confederação passou à forma de federação, não obstante ter conservado a designação primitiva²³⁹.

2.2.2 Federação e dualidade interna de ordens político-jurídicas

Na concepção clássica do Estado Federal, a Federação caracteriza-se pelo dualismo, que se consubstancia na existência de dois níveis de governo que exercem sua autoridade sobre o mesmo território e o mesmo povo. É dizer, presença de dois centros de poder autônomos (estrutura dual de poder²⁴⁰) e de produção de normas jurídicas²⁴¹.

Esses campos de poder são exercidos de modo mutuamente exclusivos e reciprocamente limitadores²⁴², de forma que tanto a União, quanto os Estados-membros devem atuar dentro de suas áreas de competências políticas e normativas.

Ao analisar o aspecto da dualidade de ordens político-jurídicas no Estado federal, destaca Misabel Derzi que:

O ponto essencial se concentra, portanto, no dualismo do centro de decisão e produção de normas e na existência de um poder jurídico, por parte das ordens jurídicas parciais (os Estados-membros), não apenas para estabelecerem o seu próprio governo, mas também para criarem por si mesmas certas normas que são válidas por força de sua própria autoridade e não se subordinam hierarquicamente à legislação federal estabelecida em seus âmbitos próprios de competências²⁴³.

²³⁸AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: O Globo, 1969, p. 372.

²³⁹AZAMBUJA, 1969, p. 372.

²⁴⁰Trata-se de uma dualidade interna de poder.

²⁴¹Na Federação brasileira, dada a presença do Município como integrante da federação, pode-se afirmar que há três esferas de poder e de ordens jurídicas, pois as municipalidades detêm autonomia legislativa, de maneira que estão habilitadas a produzirem suas leis com validade no âmbito de suas territorialidades, conforme art. 1º, *caput*, combinado com art. 29 e art. 30, todos da CF/88.

²⁴²BADÍA, Juan Ferrando. *El Estado Unitario, el Estado Federal y el Estado Autonomico*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1986, p. 147.

²⁴³DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O princípio federativo e a igualdade: Uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão*. Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 8.

A distribuição de poder (subdivisão) e de competências na Federação favorecem o equilíbrio nas relações federativas e evita que a totalidade das normas jurídicas origine-se de um único centro decisório, o que contribui também para a democracia, pois permite que as unidades federadas participem da criação de determinadas normas, inclusive com a contribuição dos cidadãos locais, em questões que lhes são afetas²⁴⁴.

A esse respeito, adota-se a concepção de Kelsen no sentido de que a ordem jurídica de um Estado federal constitui-se de normas centrais válidas para todo o território do país e de normas parciais ou locais válidas no âmbito de cada ente federado²⁴⁵.

É de se esclarecer, todavia, que não há hierarquia entre as normas das ordens parciais de poder. Assim, entre as normas da União e dos Estados-membros detém espaços próprios de atuação, sem subordinação. Como afirma Wilba Bernandes, “não há, assim, vinculação a um modelo piramidal de poder que parta da premissa de centros mais baixos ou mais alto de poder, revelando a superioridade ou a inferioridade de esferas político-jurídicas.”²⁴⁶

2.2.3 Distinção entre Estado Federação, Estado Unitário e Confederação

2.2.3.1 Estado Federal vs. Estado Unitário

Na perspectiva de Hans Kelsen, que concebe o Estado como uma ordem jurídica²⁴⁷, a distinção entre um Estado Federal e um Estado Unitário²⁴⁸ repousa fundamentalmente no grau de descentralização das competências²⁴⁹, uma vez que no unitário a centralização de poder constitui-se nota marcante, havendo pouco espaço para

²⁴⁴ZIPPELIUS, Reinhold. A esse respeito argumenta o autor que “quanto mais competências se encontrarem nas mãos das comunidades de menor dimensão, tanto maior é a participação relativa do indivíduo na formação da vontade comum.” *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2016, p. 57-58.

²⁴⁵KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 452-453.

²⁴⁶BERNANDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e Federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 69.

²⁴⁷Embora entendamos que o Estado não se limita à dimensão jurídica, pois comporta também uma análise no contexto da realidade social, bem como do ideal político que busca atingir, o que remete para a dimensão dos valores que lhes são subjacentes. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44-50. Na mesma direção ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

²⁴⁸Destaque-se que a diferença entre Estado Federal e Unitário é tênue quando este último é composto por províncias autônomas, como se dá na Espanha.

²⁴⁹KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 451.

descentralização de competências legislativas, administrativas, financeiras.

Assim, no Estado Unitário não há autonomia legislativa, tendo em vista que internamente dá-se apenas uma descentralização estática das normas jurídica, de maneira que a produção legislativa fica a cargo unicamente do poder central, com validade para todo território e vinculante para todos os entes componentes da estrutura estatal²⁵⁰.

Apesar dessa distinção ora referida, é possível a existência de Estado unitário com uma estrutura interna altamente descentralizada de distribuição de poder como é o caso da Espanha, desde a Constituição de 1978 que, dado processo atípico de sua formação²⁵¹, confere às unidades componentes margem de liberdade e poder decisório para preservação de suas diversidades éticas, regionais e peculiaridades econômicas e históricas de nacionalidades como a do Principado da Catalunha, da Galícia e do chamado País Basco²⁵².

Na experiência brasileira, pode-se citar o período imperial de 1822 a 1889 como de Estado Unitário, uma vez que a dissolução da Assembleia Constituinte em 1823 por Dom Pedro I²⁵³ e a outorga da Constituição do Império de 1824 institui o unitarismo estatal no país.

Por força da Constituição Imperial, retirou-se a autonomia das províncias²⁵⁴, atuais Estados-membros, de modo que o governante local, denominado de Presidente, passou a ser escolhido diretamente pelo imperador, o que tornava o governante da província uma espécie de subalterno do mandatário maior²⁵⁵, pois sem qualquer autonomia.

Durante esse período do unitarismo brasileiro, as Províncias não podiam legislar sobre matérias de seus interesses, sendo que na seara financeira a Constituição não previa qualquer repartição de receitas entre o Governo Central, as Províncias e os Municípios, o que deixava as províncias em vulnerabilidade financeira, ou seja, de “pires na mão”.

Devido o modo centralizador e autoritário como o imperador conduzia o poder, eclodiu um movimento de caráter autonomista em várias províncias do país, como a de Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará, cujos líderes, inspirados nos ideais do federalismo norte-americano, chegaram a proclamar, em 02 de julho de 1824, a Confederação

²⁵⁰KELSEN, 2000, p. 451.

²⁵¹Cf. BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. Relata que o Estado unitário espanhol é uma situação atípica, pois “Desde 1469, com o período monárquico de Aragão e Castela, o processo espanhol de unificação política admitiu, até mesmo para assegurar a manutenção de seus domínios, a existência de unidades pré-união, conservando formas institucionais de autogoverno nessas mesmas unidades, como o Principado de Catalunha.” *Da teoria do estado federal*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2003, p. 38-39.

²⁵²RAMOS, Dircêo. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 242.

²⁵³Na época foi instalado um conflito entre a Assembleia Constituinte e o Imperador Dom Pedro I.

²⁵⁴A falta de autonomia das províncias manifestava-se, entre outros, com mais intensidade no art. 165 da Constituição de 1824: “Art. 165. Haverá em cada Província um Presidente, **nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender**, que assim convém ao bom serviço do Estado.” Destaques apostos.

²⁵⁵BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23.

do Equador, como forma de instituir uma república federativa das províncias em *terrae brasiliis*²⁵⁶.

Só para fins de registro histórico, importa lembrar que a forte pressão do povo²⁵⁷ e de líderes locais²⁵⁸, contrários à forma despótica e centralista de D. Pedro governar, provocou enorme desgaste ao imperador, que em razão disso foi obrigado a abdicar ao poder em 07 de abril de 1831.

Retornando a análise sobre o Estado federal, Paulo Bonavides afirma que os estados federados, componentes da Federação, acham-se sujeitos a um poder único, que é o poder federal e visam a uma integração harmônica de seus destinos, podendo nas relações federativas exigir do Estado federal o cumprimento de determinadas obrigações de caráter nacional²⁵⁹, como resultante do “princípio federativo”.

Teoricamente, constata-se que no Estado federal há um esquema normativo baseado na técnica vertical de organização do poder político²⁶⁰, o que permite certo equilíbrio federativo de poderes²⁶¹. Tal esquema possibilita que os Estados membros guardem uma esfera de poder que lhes confere autonomia legislativa, financeira, administrativa e judiciária²⁶², diversamente do que ocorre no Estado unitário, marcado pela concentração de poder.

A diferença entre o Estado federal e o unitário pode ser analisada também por duas ordens de “leis”, a “lei da participação” e a “lei da autonomia²⁶³”. Pela “lei da participação”, cada Estado-membro goza da prerrogativa de participar da formação das

²⁵⁶Gilberto Bercovici comenta que D. Pedro I, por meio das forças imperiais, reprimiu cruelmente a Confederação do Equador, sendo que alguns de seus líderes foram presos e condenados à morte como Frei Caneca, além daqueles que morreram em combate ou fugiram do país. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. *Op. cit.*, p. 24.

²⁵⁷Povo assume o sentido de categoria política e não mero dado da estrutura social. Assim, conota a ideia de protagonista da história e da política, que carrega consigo a inquietude para promover a mudança. Cf. LACLAU, Ernesto. O retorno do povo: Razão populista, antagonismo e identidade coletiva. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, n° 23, out. 2005, p. 09-34.

²⁵⁸Nesse contexto, destaca-se Frei Caneca, cujo nome completo é Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, o qual lançou m periódico doutrinário, entre os anos de 1823 a 1824, defendendo a ideia de uma república federativa, afirmando que o Brasil tinha todas as proporções para formar um Estado federativo. Cf. FRANÇA, Wanderson Édipo. In GENTE DO POVO EM PERNAMBUCO: da Revolução de 1817 à Confederação de 1824. Disponível em< <http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/547/437>.> Acesso em 08.jan.2017.

²⁵⁹BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-181.

²⁶⁰BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 210.

²⁶¹ZIIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México: Universidade nacional Autónoma de México/Porrúa, 2013, p. 355-360.

²⁶²Cf. KELSEN, Estado federal caracteriza-se pelo fato de que cada Estado-membro conserva certa autonomia constitucional, porém essa autonomia constitucional é limitada, inclusive no âmbito de seus órgãos legislativos. *Op. cit.*, p. 453.

²⁶³MOREIRA, André Mendes. O federalismo brasileiro e a repartição de receitas tributárias. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado Federal e Tributação*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 153-154.

decisões federais.

No Brasil, assim como na Alemanha e nos Estados Unidos da América, em conformidade com a Constituição, essa atuação dos entes federados subnacionais efetiva-se pela existência de um poder legislativo, destinado aos representantes dos Estados e atua ao lado da câmara dos representantes do povo.

No Senado Federal, há uma composição paritária, isto é, idêntico número de representantes por Estado, em homenagem ao princípio da igualdade entre os entes componentes da Federação²⁶⁴.

Quanto à “lei da autonomia”, conquanto não se possa medir rigorosamente o grau de autonomia necessária para qualificar um Estado como Federal, a doutrina revela que essa característica se manifesta nas seguintes dimensões, a saber: autonomia administrativa; autonomia judiciária; autonomia legislativa e autonomia política²⁶⁵ e autonomia financeira.

Ao escopo desta pesquisa, interessa a autonomia financeira²⁶⁶, pois nada adianta a Constituição assegurar as demais autonomias sem possibilidade de os entes federados terem capacidade financeira para financiar suas atividades. Com efeito, sem dinheiro nos cofres dos Estados e Municípios não é possível sequer fazer movimentar a “máquina” pública para atender a mais simples demanda do cidadão.

Para André Moreira²⁶⁷, a autonomia financeira, que, por certo, representa o lado mais relevante do Estado Federal²⁶⁸, comporta três caracteres essenciais: a) a independência; b) a eficiência e a c) suficiência.

Quanto à independência, significa que se deve assegurar renda própria aos entes subnacionais para não ficarem subordinados ao talante do Governo central. Para esse fim, a Constituição confere aos entes federados poderes (competência) para obtenção de suas receitas tributárias e patrimoniais.

Já a eficiência corresponde ao modo como os entes federados devem exercer a arrecadação dos recursos financeiros. Essa característica manifesta-se pela praticidade, pela

²⁶⁴MOREIRA, 2015, p. 156.

²⁶⁵Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁶⁶Para José Maurício Conti, a autonomia financeira é instrumento fundamental para assegurar a autonomia das entidades subnacionais, pois sem recursos financeiros os entes federados não poderão exercer as responsabilidades que lhes competem, e ficam dependentes do poder central para financiar suas atividades, entre as quais o financiamento dos serviços básicos de saúde, educação e segurança pública. Essa situação anularia toda e qualquer autonomia que se atribuísse às entidades federadas. Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 14.

²⁶⁷MOREIRA, *Op. cit.*, p. 157.

²⁶⁸Repise-se: Nada valeriam as autonomias legislativas, administrativas, judiciárias e políticas se não fossem assegurados aos Estados-membros e Municípios os recursos para financiar o rol de atividades, programas e políticas públicas que lhes competem. Numa palavra, as demais autonomias se tornariam sem eficácia.

comodidade e pela economicidade na aplicação dos recursos públicos.

Além disso, relaciona-se também a dimensão da eficiência com a busca dos tributos mais adequados à realidade local, regional ou nacional.

No que se reporta à suficiência, trata-se de característica relacionada ao bastante de recursos que os entes necessitam, razoavelmente, para satisfazer o cumprimento de suas responsabilidades constitucionais.

Assim, se aos Estados-membros compete, por exemplo, prestar serviços de saúde de média e alta complexidade, o sistema tributário e financeiro deve proporcionar os meios necessários ao atendimento desses fins.

No Estado Federal, as atribuições da União e das unidades federadas são estabelecidas pela Constituição, por meio de um sistema complexo de distribuição de competências constitucionais. Esse esquema jurídico permite que os entes federados tenham autonomia político-constitucional ou autonomia federativa²⁶⁹.

No Brasil, à semelhança do sistema adotado na Alemanha, essa distribuição é baseada na técnica da enumeração das competências da União (art. 21 e 22, CF/88), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25§ 1º, CF/88) e atribuições definidas indicativas para os Municípios (Art. 30, CF/88), porém combina essa técnica com possibilidade de delegação (art. 22), áreas comuns, em que se pode haver atuação paralela da União, Estados e Municípios (art. 23), além dos setores concorrentes²⁷⁰.

2.2.3.2 Estado Federal vs. Confederação de Estados

Na estrutura de estado de tipo confederação a soberania dos estados membros não é afetada, pois cada ente da confederação continua sendo considerado Estado em termos de Direito Internacional e Constitucional. Ao revés, no Estado federal não existe a possibilidade de se conferir soberania aos Estados-membros, pois esta é reservada apenas ao Estado central²⁷¹.

Com base em estudos de Hans Nawiasky, comenta Paulo Bonavides que o traço diferenciador da confederação radica no fato de não existir uma legislação unitária ou comum,

²⁶⁹OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p. 51.

²⁷⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: BA: JusPodium, 2013, p. 863.

²⁷¹DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 118-119.

de forma que cada Estado confederado tem sua produção legislativa independente, criando diferentes direitos e obrigações para os cidadãos dos diversos entes associados.

Esse arranjo não se dá no Estado federal, vez que os estados membros que, além de se vincularem ao poder central, adotam o princípio da unidade do ordenamento jurídico, em que a Constituição ocupa posição de superioridade em relação às demais normas do sistema²⁷².

Acentua Kelsen que “A ordem jurídica de um Estado federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas apenas para porções desse território, para os territórios dos ‘Estados componentes (ou membros)’”.²⁷³

Demais disso, outro aspecto característico do Estado federal reside na indissolubilidade do vínculo ou pacto federativo, pois a união dos entes federados é indissolúvel, enquanto nas confederações é assegurado o direito de secessão²⁷⁴. Na federação brasileira, essa característica constitui cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal de 1988.

Como exemplos de confederações de Estados, Zippelius menciona: Estados Unidos da América desde 1781 até a entrada em vigor da Constituição Federal daquele país em 1787; a Suíça de 1815 a 1848; a Confederação do Reno, de 1806 a 1813; a Confederação Alemã, de 1815 a 1886 e a União Soviética, de 1917 a 1922.²⁷⁵

Por fim, cabe salientar que a experiência confederativa norte-americana veio demonstrar a necessidade de se dar mais força agregativa aos laços que unem os Estados americanos, dada a constante fragilidade manifestada nesse modelo de organização estatal, principalmente em razão da soberania concedida às unidades confederadas.

²⁷²BONAVIDES, *Ciência Política*, p. 180-181.

²⁷³KELSEN, *Op. cit.*, p. 451-452.

²⁷⁴O direito de secessão a reunião dos estados membros é cindível; pode ser desfeita quando o ente não tiver mais interesse em permanecer vinculado à confederação.

²⁷⁵ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 220.

2.3 Breves notas sobre Estado, receitas públicas e financiamento de direitos fundamentais²⁷⁶

Nas sociedades contemporâneas, prevalece a ideia de que o Estado para cumprir seus objetivos precisa arrecadar recursos para poder financiar as diversas atividades e serviços públicos que lhes são conferidos constitucionalmente. Essas receitas advêm prevalentemente da tributação²⁷⁷ e secundariamente das receitas patrimoniais, decorrentes da exploração de bens e serviços pertencentes ao Estado.

Nessa esteira, Godoi, Ferraz e Spagnol argumentam que “depois da tributação os recursos que mais contribuem para o financiamento dos gastos públicos no Brasil são os provenientes da exploração econômica de riquezas naturais, como o petróleo, o gás natural, o potencial de energético dos recursos hídrico e os recursos minerais em geral²⁷⁸.”

Segundo os autores acima mencionados, considerando o ano 2013, o montante da arrecadação das receitas patrimoniais decorrentes da exploração desses recursos naturais superou a casa dos 50 bilhões de reais e esclarecem que a tendência é a de crescimento progressivo desse montante²⁷⁹.

Portanto, para o Estado fazer face à multiplicidade de demandas sociais, correspondentes a direitos fundamentais, como prestação de serviços de educação e de saúde, precisa arrecadar os recursos necessários para poder financiá-las²⁸⁰.

Com base em Aliomar Baleeiro, pode-se afirmar que, de modo geral, o Estado pode obter receita pública de duas formas: mediante as receitas originárias ou por meio de receitas derivadas²⁸¹.

²⁷⁶Entre os autores que tratam sobre direitos fundamentais sociais, pode-se mencionar: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. TOLEDO, Cláudia. *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

²⁷⁷No Brasil, figuram entre as espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições que podem ser classificadas em: contribuições de melhoria; contribuições parafiscais (FGTS, salário-educação, SESI, SENAI, etc.); contribuições previdenciárias, além das contribuições especiais corporativas e de intervenção no domínio econômico (CIDE) e, por fim, os empréstimos compulsórios, conforme STF, em voto do Ministro Carlos Veloso, em 1º.jul.1992, no RE n. 138.284/CE (Pleno).

²⁷⁸FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 97.

²⁷⁹FERRAZ, GODOI, SPAGNOL, 2015, p. 97

²⁸⁰Cf. SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-35. No mesmo norte, VALADÃO, Marco Aurélio Pereira. Direitos Humanos e Tributação. Texto publicado na *Revista Direito*, v. 2, n.1. set./2001, Brasília-DF, p. 2221-241.1, p. 241.2.

²⁸¹BALLEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

As receitas originárias são aquelas obtidas por meio da exploração de seu próprio patrimônio ou da prestação de serviços. As derivadas ingressam decorrem do poder de império do Estado e são obtidas essencialmente pela cobrança de tributos.

Quando a natureza do vínculo que dá origem à receita pública for preponderantemente decorrente da tributação diz-se configurar-se um *Estado Tributário* ou *fiscal*, tal como ocorre no Brasil e com a maioria dos países modernos²⁸².

Nessa hipótese, a receita do Estado advém dos bens e serviços pertencentes ao setor privado que, em razão do regime jurídico incidente sobre fatos qualificados como tributários, gera uma obrigação tributária, em razão da qual o contribuinte retira uma parcela de seu patrimônio para pagar os tributos devidos ao ente federado correspondente²⁸³.

Por outro canto, quando a natureza do vínculo que origina a receita pública for prevalentemente oriunda da exploração de bens e serviços de propriedade do Estado estar-se-á diante de um *Estado patrimonial*.

Segundo Onofre Batista Júnior, o “Estado patrimonial é aquele que subsiste fundamentalmente de rendas patrimoniais ou dominiais do governante e que, só secundariamente, se apoia na receita derivada (extrapatrimonial) dos tributos.”²⁸⁴

Nesta hipótese, os bens são de propriedade do Estado, que poderá explorar diretamente ou transferir a exploração à iniciativa privada, a qual deverá pagar um valor ao titular do bem ou serviço, isto é, ao ente estatal.

A despeito de existir Estado em que a fonte de suas receitas é oriunda, em sua maior parte, da exploração de seu patrimônio (receitas originárias), como casos de alguns Estados petrolíferos, contemporaneamente o Estado Tributário prevalece como instrumento de arrecadação das receitas e de financiamento dos serviços públicos e das atividades estatais em geral.

No Brasil a tributação prevalece como principal fonte de arrecadação, mas secundariamente subsiste a arrecadação de receitas patrimoniais, como a dos minérios e a do petróleo que, a despeito de seu menor montante, cumpre uma função estratégica²⁸⁵ para as

²⁸²BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O autor comenta que “o Estado Tributário é a projeção financeira do Estado de Direito fundamentalmente democrático que tenha optado por um sistema capitalista;” Para o autor, o que caracteriza o Estado Tributário é o fato de as necessidades financeiras serem suportadas essencialmente por tributos, fator que o diferencia do Estado patrimonialista. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2015, p. 85.

²⁸³Cf. Casalba Nabais argumenta que, apesar da prevalência do Estado fiscal na contemporaneidade, não deixa de haver nos tempos modernos Estados proprietários, produtores ou empresários. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012, p. 191-192.

²⁸⁴BATISTA JÚNIOR, 2015, p. 83.

²⁸⁵Segundo o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio Exterior e Serviços, entre os itens

finanças do Estado e pode ser aplicada como instrumento para financiar o desenvolvimento dos cidadãos brasileiros, mediante prestação de direitos fundamentais sociais.²⁸⁶

Em razão dessa correlação obtenção de receitas e financiamento dos direitos fundamentais, não se pode simplesmente expedir leis que garantem direitos sociais e impõem aos entes federados subnacionais o dever de prestar aos cidadãos locais, sem a correspondente fonte de financiamento, pois, como denunciado por Ziulkoski: “não se pode criar direitos sem indicar as respectivas fontes de financiamento.”²⁸⁷

Diante disso, um dos grandes desafios da Federação brasileira é o de distribuir ou redistribuir equitativamente os recursos públicos entre suas unidades federadas a fim de que estas apliquem nos serviços essenciais reclamados pelos cidadãos, sem qualquer discriminação injustificada.

Em publicação da Confederação Nacional dos Municípios, ao cogitar da responsabilidade dos entes subnacionais quanto à oferta de serviços de educação básica, em que a área prioritária dos Municípios é a educação básica, destaca que “A União deve exercer função redistributiva e supletiva em matéria educacional por meio técnico e financeiro aos Entes federados, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino.”²⁸⁸

Conforme se assenta nesta seção, o Estado necessita arrecadar recursos tributários e não tributários para fazer frente às despesas que conduzem à concretização dos direitos fundamentais, entre os quais os de segunda dimensão (direitos sociais), enquanto instrumentos que criam as condições objetivas para o exercício da cidadania na acepção jurídico-política no contexto do Estado Democrático de Direito.²⁸⁹

Na esteira do que se demonstra, evidencia-se a estreita interconexão entre Estado, receita pública, federalismo e financiamento dos direitos fundamentais, razão pela qual é insuficiente a tradicional abordagem que fragmenta o estudo, sem estabelecer o diálogo necessário entre as disciplinas jurídicas para possibilitar o exame do problema de diferentes

responsáveis pelo crescimento das exportações brasileiras em 2016, aparecem minério de ferro e petróleo. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/2139-exportacoes-crescem-17-5-novembro>> Acesso em 17.fev.2017.

²⁸⁶Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

²⁸⁷ZIULKOSKI, Paulo. Presidente da Confederação do Municípios (CNM), em entrevista ao jornalista César Munhoz. Disponível em <http://www.educacional.com.br/entrevistas/entrevistas/entrevista0148c.asp>. Acesso em: 20.fev.2017.

²⁸⁸BRASIL: Confederação Nacional dos Municípios – CNM: Subfinanciamento da Educação e da Saúde. Brasília, 2016, p. 11. Disponível em < www.cnm.org.br> Acesso em 10.fev.2017.

²⁸⁹Conforme expõe NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 180-181.

ângulos e a busca da solução mais adequada.

Com efeito, a fragmentação doutrinária do estudo a respeito do Estado, das receitas públicas e da temática dos direitos fundamentais acaba por ocultar a íntima relação existente entre esses fenômenos jurídicos, o que torna difícil compreender os problemas jurídicos sob uma perspectiva global. Romper esse viés fragmentário é o que se busca neste trabalho.

2.4 A interface entre federalismo financeiro e repartição de receitas públicas

Empreendida a explicação precedente, passa-se, doravante, a discorrer brevemente sobre os arranjos jurídicos que se formulam no Estado para o propósito de promover repartição de receitas e redistribuição dos recursos públicos, ressaltando-se que existem vários critérios a serem utilizados para esse fim.

Na seara do federalismo financeiro, ocorrem diversas maneiras de se fazer os arranjos distributivos entre os entes federados para promover a partilha das receitas tributárias e patrimoniais²⁹⁰, a depender dos fundamentos filosóficos e dos critérios jurídicos que norteiam as decisões políticas na elaboração da Constituição e das leis.

Entre os mecanismos mais comuns que os Estados adotam para promover distribuição de recursos arrecadados destacam-se a repartição das fontes e a repartição do produto da arrecadação²⁹¹, o que se dá independente da forma de governo vigente.²⁹²

A *repartição das fontes de receitas*, denominada também de *repartição pela fonte*²⁹³, consiste em um regime jurídico, em que se estabelece normativamente a distribuição e discriminação prévia das diversas fontes de receitas públicas entre o poder central e os entes subnacionais, de modo que em vista do arranjo fixado cada ente político estará habilitado a instituir, por meio de lei, e a arrecadar as receitas públicas de sua competência.

Quando esse mecanismo de repartição é estipulado rigidamente na própria Constituição, como se dá na Constituição Federal de 1988 (União: Art. 148, 149, 153, 154; Estados e Distrito Federal: art. 155; Municípios: art. 156, dentre outros dispositivos),

²⁹⁰Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de Freitas, 2001, p. 28-32.

²⁹¹CONTI, 2001, p. 36.

²⁹²Neste caso, quer-se dizer independente da forma de Estado, pois até nos Estados Unitários é possível aplicar mecanismos de repartição de receitas e de distribuição de recursos. Cf. CONTI, *Op. cit.*,

²⁹³Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

denomina-se *discriminação rígida de rendas*²⁹⁴.

Acresce-se, ainda, que a discriminação de fonte das receitas admite, basicamente, duas formas distintas de se operar: (i) as competências tributárias privativas dos entes federados, como ocorre no Brasil por meio das competências impositivas da União, dos Estados e dos Municípios e; (ii) por meio das competências comuns.

2.5 Aportes teóricos para compreensão do federalismo como princípio jurídico

Nesta análise não se pretende esgotar o estudo acerca de Federação, de Estado federal e de federalismo, mas essencialmente procura-se compreender essas categorias para, em passo seguinte, buscar qual concepção de federalismo mostra-se mais adequada para promover distribuição de recursos públicos na Federação brasileira, de maneira a garantir a igualdade entre os entes federados.

Nessa senda, parte-se da premissa de que é possível identificar uma concepção de federalismo que melhor expresse o ideal político da sociedade brasileira, visualizada como sistema equitativo de cooperação social²⁹⁵, o que remete para se investigar que arranjo distributivo mostra-se mais compatível com os objetivos da Federação brasileira²⁹⁶.

Inicialmente é imperioso pontuar que, por algum tempo, a análise acerca do federalismo ficou subordinada a uma concepção estática e reducionista, o que resultou numa compreensão equivocada desse fenômeno.

Esse equívoco decorreu fortemente do fato de se adotar o conceito de Estado como ponto central de análise de toda problemática do federalismo, situação que configurou impropriedade metodológica e conduziu a uma confusão conceitual, com disfunções teóricas e a conseqüente distorção na aplicação nas questões relacionadas a essa temática²⁹⁷.

²⁹⁴CONTI, 2001, p. 36.

²⁹⁵Cf. RAWLS, Expressão empregada no primeiro capítulo desta tese com base em estudos ao pensamento do filósofo em destaque.

²⁹⁶Cf. ZIPPELIUS, uma teoria do Estado que pretenda enfrentar os problemas políticos de uma sociedade (Comunidade) tem que avaliar e escolher, entre outras coisas, qual a melhor alternativa, “pois a prática da vida não só pergunta: Como são as coisas? Mas sempre também: Como se poderá fazer melhor.” Essa segunda pergunta igualmente pode fazer parte do objeto da Ciência Jurídica, da Teoria do Estado e da Filosofia Política normativa. Para o autor, os problemas do agir e do decidir adequados são questões que devem ser objeto da discussão científica. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado – Ciência Política*. Tradução Antônio Francisco de Souza; Antônio Franco. São Paulo: Saraiva (série IDP), 2016, p. 30-31.

²⁹⁷BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. BERNANDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e Federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 47-66.

Muito contribuiu para esse estado de coisas o fato de se dar centralidade à figura do Estado, na forma federal, como tema dominante dos estudos jurídicos, em que se associou o ente estatal essencialmente a uma ordem normativa²⁹⁸, de maneira que a doutrina passou a identificar federalismo com o conceito de Federação, enquanto forma de Estado, de modo que essa compreensão embaraçosa fez com que as duas categorias, embora distintas, passassem a ser vistas como se fosse uma mesma realidade, quando na verdade não são.

As impropriedades metodológicas relacionam-se às perspectivas de análise dessas realidades. É que, por longo tempo, a abordagem sobre o federalismo deu-se a partir de um prisma estático e não dinâmico como exige a adequada análise, pois se trata de um fenômeno que se atualiza no tempo e no espaço, porquanto dotado de certa flexibilidade.

Por ser princípio associado a um ideal político, o federalismo modifica-se conforme a dimensão espacial e temporal, conectando-se com os valores presentes na sociedade para a qual se vincula. Já a Federação, por ser uma categoria relacionada à forma e à estrutura do Estado, comporta uma análise sob a perspectiva estática. E isso faz toda diferença.

Entre os juristas brasileiros que cometem esse sincretismo metodológico e conceitual, pode-se mencionar Fernando Scaff e Francisco Sergio Rocha, quando asseveram que o federalismo é considerado pelo Direito constitucional como uma forma de Estado²⁹⁹.

Essa impropriedade também se manifesta na doutrina de José Afonso da Silva, ao verberar que “Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada *federação* ou *Estado Federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa³⁰⁰”.

Ao lançar luzes à questão, José Alfredo Baracho argumenta que a ênfase dada ao aspecto dualista da Federação³⁰¹, que se caracterizou na federação norte-americana (séc. XVII

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Man and His Government. Na Empirirical Theory of Politics*, Mc Graw-Hill Book Company, Inc, New York, 1963.

²⁹⁸Essa concepção reducionista de Estado como ordem essencialmente jurídica foi desenvolvida por Hans Kelsen, mas o ente estatal é “algo mais que uma simples ordem normativa abstrata. Ele é também a realidade social, na qual as pessoas conferem eficácia às normas por meio da aplicação delas à vida”, conforme explica ZIPPELIUS, Reihnold. *Op. cit.*, p. 30-31.

²⁹⁹ROCHA, Francisco Sergio Silva; SCAFF, Fernando Facury. Princípios, elementos e conceito do Estado Federal. In: Dircêo Torrecillas Ramos (Coord.). *O federalismo atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, p. 67.

³⁰⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

³⁰¹A ideia de Federação dual ou “dualista” foi engendrada pelos norte-americanos, no contexto de um modelo de Estado liberal³⁰¹ e relaciona-se com a divisão poderes entre o governo central e os estaduais, baseada na existência de duas esferas de poder, mutuamente recíprocos e reciprocamente limitados, em que os entes federados estão em posição de igualdade. ROCHA, Francisco Sergio Silva; SCAFF, Fernando Facury. Princípios, elementos e conceito de Estado Federal. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). *O federalismo atual*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 71.

e XIX) pela separação rígida de competências entre os entes federados e pela não intervenção do ente central nos entes menores³⁰², reduziu-se o federalismo “a um modo de ser, ou melhor, a uma forma de Estado³⁰³.”

Numa palavra, a dimensão do federalismo ficou reduzida ao conceito de Federação, como se houvesse uma identidade entre essas concepções.

Em relação à federação como forma de Estado, verifica-se que apresenta algumas características essenciais que lhe dão configuração, como o fato de ter, pelo menos duas ordens de governo e de distribuir as competências legislativas e tributárias. Entretanto, pode existir federação com três esferas de governo como o Brasil, daí ser mais interessante adotar o critério da tipificação, pelo qual se colhe alguns dados relevantes da realidade para se lhe traçar um conceito aberto³⁰⁴.

Se, por um lado não se pode estabelecer um antagonismo entre os termos federação e federalismo, pois ambos guardam íntima proximidade³⁰⁵; lado outro, deve-se traçar a diferença, pois, enquanto o federalismo é um fenômeno político-jurídico dinâmico, inacabado, aberto à realidade social, política e econômica³⁰⁶ da sociedade, a categoria Federação diz respeito à forma de Estado. É dizer, essa forma de Estado é organizada com uma estrutura de poder e divisão de competências para fazer valer os ideais e os valores do federalismo³⁰⁷.

Remarque-se, federalismo e federação (forma de Estado) não são realidades idênticas, embora estejam implicadas e derivem da mesma raiz semântica. A Federação apresenta conotação de uma estrutura estatal estática, com a presença de, no mínimo, duas ordens político-jurídicas³⁰⁸, destinada a realizar os valores do federalismo, os quais devem

³⁰² Cf. OLIVEIRA, Samuel Cunha. *O pacto federativo brasileiro e o princípio da solidariedade constitucional*. Nesse artigo, o autor comenta que a federação norte-americana do século XVIII e início do século XIX não admitia qualquer interferência do Estado na economia ou poder central nos entes subnacionais. Disponível em <jus.com.br/artigos/26112/0-pacto-federativo-eo-principioda-subsidiariedade-constitucional> Acesso em 09.jan.2017. marcada pela ideia da pouca interferência estatal na economia e pela aplicação rígida do regime dualista de competências (regime dual)

³⁰³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio Janeiro: Forense, 1986, p. 9.

³⁰⁴ Nesse sentido, DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: Uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: *Federalismo, justiça distributiva e royalties de petróleo*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 10-11.

³⁰⁵ BERNANDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 33.

³⁰⁶ Cf. BERNANDES, o federalismo possui sempre dois sentidos internos em constante tensão: liberdade vs. autoridade; autonomia vs. interdependência; diversidade vs. unidade; centralização vs. descentralização; independência vs. interesse em comum, sendo que nenhum desses é predominante, pois todos são importantes na relação de poder. Em vista dessa tensão entre esses valores, os quais se rivalizam para serem concretizados, é que se abre espaço para se promover justiça distributiva financeira. *Op. cit.*, 2010, p. 265-266.

³⁰⁷ Cf. BERNANDES, 2010, p. 65.

³⁰⁸ No Brasil, devido o Município ser parte integrante da Federação (art. 1º, *caput*, da CF/88), com autonomia política, administrativa, legislativa e financeira, existe três esferas de ordens jurídicas e não duas como nos

corresponder aos ideais da sociedade, fruto de um consenso, reivindicado, com mais razão, no Estado Democrático de Direito.

Nesse compasso, pode-se afirmar que a Federação como forma de Estado moderno surgiu para concretizar os valores e ideais do federalismo, entre os quais os valores liberdade, democracia, autonomia, interdependência, unidade, igualdade.

Com base no pensamento de FRIEDRICH³⁰⁹, que desenvolveu a doutrina do *federalizing process*³¹⁰, sustenta Baracho que “a essência do federalismo é a de ser um processo em constante evolução³¹¹”, ou seja, um fenômeno que se atualiza constantemente com as mudanças históricas e os valores políticos de cada sociedade, o que permite uma abertura para novas abordagens interpretativas.

Em vista dessa análise crítica, argumenta Baracho que o federalismo não pode ser visto como “Estado” ou o aspecto estrutural da federação, mas sim como “processo”, de modo que a preocupação essencial da análise deve-se voltar para as implicações dinâmicas desse fenômeno político-jurídico³¹².

Nessa mesma linha de entendimento - de que o federalismo configura um verdadeiro princípio-, Misabel Derzi, ao argumentar que a linha de raciocínio baseada em conceitos fechados e abstratos³¹³ é incompatível com a análise de princípios sensíveis a variações históricas³¹⁴. Nessa baila, argumenta a citada jurista que:

Ao invés de se pensar, também, no federalismo apenas como uma ‘forma de Estado’, parece-nos mais plausível considera-lo como um princípio de organização política, o qual se conecta diretamente com um amálgama de valores políticos e princípios constitucionais dotados de um conteúdo normativo mais específico (os quais se relacionam com as ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo).³¹⁵

O posicionamento teórico ora desenvolvido rompe com a postura tradicional que vê o federalismo de uma perspectiva estática e, dessa forma, contribui decisivamente para se repensá-lo não como estrutura conceitual cerrada identificada ao conceito de Estado federal, mas sim como um processo³¹⁶, ou melhor, fundamentalmente como um *princípio*³¹⁷, enquanto

estados Unidos da América.

³⁰⁹FRIEDRICH, Carl Joachim.

³¹⁰Traduz-se na ideia de federalismo como processo. Portanto, federalismo como algo dinâmico, vinculado ao processo histórico, econômico e político e ao modo de ser de cada sociedade.

³¹¹BARACHO, *Op. cit.*, p. 9.

³¹²*Ibidem*, p. 8-9.

³¹³Na se pode interpretar os princípios jurídicos como se fossem fórmulas matemáticas, posto que envolve uma carga valorativa

³¹⁴DERZI, 2016, p. 10.

³¹⁵*Ibidem*, 2016, p 10.

³¹⁶O emprego do termo *processo*, vinculado ao federalismo, pode ser mais adequado à Teoria do Estado, mas à

espécie de norma jurídica.

Nessa perspectiva, o federalismo passa a ser concebido como categoria da Teoria do Direito e como norma do ordenamento jurídico, uma espécie de princípio jurídico-político, plenamente apto a atuar com força normativa no sistema, direcionado a estabelecer um ideal político na sociedade, de maneira que, estando associado a valores, aponta para meta ou estado de coisas perseguido pela coletividade.

A ideia de federalismo como princípio exerce um papel central no debate público, na medida em que permite que se vincule seu estudo à distribuição ou redistribuição de receitas financeiras no contexto do Estado e de sua relação com a formulação e execução de políticas públicas, pois não é possível pensar em efetivação de políticas sociais sem uma justa distribuição de recursos financeiros entre os entes federados.

No caso brasileiro, o debate sobre políticas públicas³¹⁸ na sua interface com a distribuição de receitas públicas assume papel importante porque a Constituição Federal de 1988 estabelece, entre metas a serem alcançadas pela Federação a de erradicar a pobreza e a de mitigar as desigualdades sociais como forma de quitar ou atenuar a dívida social no Brasil, o que demanda aportes financeiros para financiar políticas públicas concebidas pelos entes federados para esse fim.

Concebido o federalismo como um princípio político-jurídico, possibilita-se compreendê-lo como um conceito aberto, suscetível a acomodações decorrente de contextos sociopolíticos, embora portador de um conteúdo essencial, que lhe permite atuar no sistema jurídico como um vetor interpretativo. Trata-se assim de um princípio que se constrói na base do diálogo argumentativo constante, no curso da história.³¹⁹

Teoria do Direito melhor e mais adequado conceber o federalismo como *princípio constitucional*, o qual se articula com diversos valores jurídicos.

³¹⁷Cf. Felipe Fonte, os princípios jurídicos estabelecem uma meta a ser perseguida, como a igualdade, a moralidade política ou administrativa, a boa-fé, assim como pode buscar atingir um estado de coisas, como uma sociedade justa e fraterna, sem pobreza, menos desigual, que assegure padrão de qualidade dos serviços públicos para todos e igualização das condições de vida. FONTE: Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122-125.

³¹⁸Cf. Maria Dallari Bucci, os anos 1990 emergem como marco em que as discussões em torno da temática das políticas vieram a ganhar presença no universo do Direito no Brasil, aspirando à quitação da dívida social, mediante a realização dos direitos sociais, face ao tratamento substancial dado à matéria pela Constituição Federal de 1988. Argumenta a autora que para efetivação da democracia não bastava se assegurasse o direito ao voto, pois o Brasil reclama pela democracia econômica e social, como forma de elevar o patamar civilizatório da sociedade brasileira. Nesse sentido, pode-se afirmar que as políticas públicas decorrem de escolhas de objetivos específicos a serem alcançados em uma sociedade e são deflagradas em razão de problemas sociais e podem exigir o esforço e ações de vários atores políticos. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-27.

³¹⁹Tal como se dá com o tema do pluralismo que é uma das marcas constitutivas da democracia, conforme argumenta Gisele Cittadino. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos de Filosofia Constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 1.

Tais considerações mostram que, em face dos valores que se relacionam ao federalismo, não é possível encerrar a discussão em torno do tema a partir de um conceito único e fechado que tenta abarcar toda dimensão e complexidade desse fenômeno como se procurasse encaixá-lo no leito de Procusto³²⁰ ou se tentasse apertá-lo e amputar sua carga valorativa até que se encaixasse dentro de perímetro de uma forma adrede pensada e desejada, consoante a metáfora do encaixe forçado de Nozick³²¹.

Portanto, é necessário que o debate sobre o federalismo dê-se de modo constante, em ambiente democrático, por se tratar de um fenômeno que exige uma releitura a cada momento histórico em que novos desafios surgem no âmbito do Estado federal, o que é próprio do Direito e dos fenômenos político-jurídicos, uma vez que se sujeitam às circunstâncias específicas de cada tempo e lugar.

2.6 O federalismo como subsidiariedade: caminhos para fundamentar uma justa distribuição de recursos na Federação brasileira

Em busca de fundamentos adequados para justificar a distribuição de recursos públicos no contexto do Estado federal brasileiro, que se organiza em três diferentes níveis de governo, Batista Júnior, Ludmila Oliveira e Tarcísio Magalhães formularam a ideia de *federalismo como subsidiariedade*,³²² enquanto construção teórica adequada a justificar a justiça distributiva para esse tipo de organização estatal.

Nessa formulação, os autores argumentam que a ideia de federalismo como subsidiariedade, para fins distributivos, revela-se mais compatível com o Estado de tipo federal porque preserva a unidade política da federação conjugada ao ideal de justiça da sociedade e, concomitantemente, preserva a autonomia das unidades federadas, o que se adequa também ao ideal de democracia, uma vez que respeita a diversidade entre as comunidades e estimula a participação de todos na construção das decisões políticas.³²³

³²⁰Leito de Procusto em referência à mitologia grega.

³²¹NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editores, 1991.

³²²A ideia de subsidiariedade como princípio jurídico foi tratada de modo pormenorizado por José Alfredo Baracho. Em sua abordagem, o citado jurista aduz que etimologicamente o vocábulo subsidiário, subsidiariamente ou subsidiariedade decorre do termo latino *subsidium*, derivado de *subsidium*, sendo um termo polissêmico. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 23.

³²³BATISTA; OLIVEIRA, MAGALHÃES. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada

Para Alfredo Baracho, a subsidiariedade em sua dimensão jurídica³²⁴ comporta dois significados bem diferentes. A primeira relaciona-se à ideia de secundário, representando a qualidade do que é secundário em contraste ao que é mais importante.

Entretanto, na sua segunda dimensão seu conteúdo é mais significativo e conota a ideia de *supletividade*, sendo que aqui dois significados estão subjacentes: a complementariedade e a suplementariedade.³²⁵

Em particular, a suplementariedade é o que se acrescenta ou se adiciona a determinada coisa para um propósito maior e “representa a questão subsidiária, destinada a suplementariamente a desempatar os concorrentes.”³²⁶ Neste caso, a ideia de subsidiário não se vincula necessariamente ao que é secundário, antes pode relacionar-se ao contexto da federação, a nortear a relação de respeito e reciprocidade entre o poder central para com os entes subnacionais, de modo a justificar transferência de recursos para reforçar o sistema de descentralização de competências.

Nessa esteira, o Estado federal associado ao princípio da subsidiariedade, por trás do qual figura um componente moral, impõe limites às relações federativas, de forma a exigir que só se transfira a uma estrutura estatal maior as questões que não possam ser enfrentadas pelas unidades federadas menores.

Noutro ângulo, a subsidiariedade veda que o ente federado maior atue em área em que o ente estatal menor pode resolver com mais eficácia³²⁷, seja porque está mais próximo dos cidadãos, seja porque pode exercer com mais liberdade e criatividade as competências conferidas para o uso dos recursos destinados a certos propósitos próprios de uma comunidade de pessoas.

Neste caso, em determinadas situações, compete ao ente maior suplementar ou atuar com certo reforço material em favor dos entes periféricos de forma a terem os recursos materiais suficientes para cumprirem o escopo constitucional que lhes foram confiados.

Concebida dessa forma, a subsidiariedade assume duas dimensões normativas no Estado federal:

- (i) a primeira de ordem negativa, a impedir que a esfera mais ampla de poder

ao federalismo fiscal brasileiro. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). Coleção *Federalismo e Tributação*, v. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 13.

³²⁴Para Baracho, o conceito de subsidiariedade foi primeiro conhecido e defendido pela Igreja Católica, por meio do Direito Canônico, a exemplo da *Encíclica Quadragésimo Ano*, promulgada pelo papa Pio XI, em 15.05.1931, que expõe, pela primeira vez, esse postulado como norma de filosofia social a ser adotada pelos Estados. BARACHO, 1996, p. 24-25.

³²⁵BARACHO, 1996, p. 24.

³²⁶*Ibidem*, p. 24.

³²⁷BATISTA; OLIVEIRA, MAGALHÃES, 2015, p. 14. E ainda: BARACHO, 1996, p. 47-52.

intrometa-se em áreas em que as instâncias inferiores mostrem-se suficientemente capacitadas a atuar, o que significa limitação ao intervencionismo estatal de maior grandeza.

(ii) a dimensão positiva, que autoriza a intervenção do poder de maior grandeza em área das unidades federadas menores, desde que em benefício do bem comum, quer em razão da insuficiência da instância inferior, quer em virtude da maior capacidade da instância mais ampla, o que justifica a intervenção pública.³²⁸

Na perspectiva positiva, a subsidiariedade atua como fundamento de filosofia política normativa para justificar a distribuição equitativa de recursos públicos no Estado federal, mediante a transferência de receitas para balancear as relações federativas horizontais e dessa forma reforçar a capacidade financeira dos entes federados subnacionais, com vistas à construção de uma sociedade fraterna, solidária, que garanta o bem de todos os seus cidadãos.

É de se assinalar que, aos fins desta pesquisa, interessa também destacar a importância da teoria de justiça de Rawls como ponto teórico de partida, pois se mostra de grande valia para o contexto brasileiro, na medida em que, guardadas as devidas proporções, serve ao nobre propósito de justificar a necessidade de se buscar reduzir desequilíbrios financeiros horizontais para, dessa forma, se alcançar a tão reivindicada equalização entre os Estados-membros.

Nesse norte, não há nenhum exagero em se invocar a aplicação do princípio de diferença da teoria rawlsiana³²⁹ para, *v.g.*, defender a tese de que as vantagens financeiras obtidas por determinados entes da federação brasileira, em razão de fatores da natureza (fator aleatório), em que não há qualquer mérito moral, devem representar, em contrapartida, maiores vantagens financeiras aos demais entes federados de mesmo nível, principalmente os que se encontrem em piores condições econômicas e sociais.

Tal mecanismo, aplicável às relações federativas, na medida em que visa corrigir desequilíbrios injustificados entre Estados-membros, pode ser interpretado como manifestação do princípio da igualdade federativa em sua dimensão material, como projeção da igualdade substantiva.

Esse posicionamento - o da invocação da igualdade federativa - encontra eco na doutrina da Fernanda Dias Almeida, quando, em defesa de que todos devem desfrutar dos

³²⁸BATISTA; OLIVEIRA, MAGALHÃES, 2015, p. 14.

³²⁹O princípio de diferença vincula-se a ideia de reciprocidade/solidariedade. Em explicação ao propósito desse princípio, argumenta Rawls que “os mais bem dotados (que ocupam um lugar mais afortunado na distribuição de talentos naturais que não merecem moralmente) são estimulados a adquirir benefícios adicionais – já são beneficiados por seu lugar afortunado na distribuição – com a condição de que treinem seus talentos naturais e os utilizem com o intuito de contribuir para o bem dos menos dotados (cujo lugar menos afortunado na distribuição eles tampouco merecem moralmente).” RAWLS, 2003, p. 108.

benefícios do desenvolvimento, afirma não haver razões para se negar aplicação ao princípio da igualdade material no plano das estruturas federativas, como forma de se tentar um federalismo assimétrico, enquanto mecanismo que permita reduzir desigualdades sociais e regionais.³³⁰

Ao se pronunciar sobre a evolução do sentido do princípio da igualdade, em perspectiva atual, Fernanda Almeida argumenta que: “Na visão moderna, para a qual se evoluiu, o que se quer é que os desiguais sejam tratados desigualmente para se pôr um fim às desigualdades que desnivelam a sociedade e comprometem a própria dignidade da pessoa humana.”³³¹

Na mesma trilha, Ricardo Victalino de Oliveira assinala que “(...) a noção de igualdade federativa, em sua matriz substantiva, tem amparo no comando constitucional que proíbe que se instituem distinções ou preferências entre brasileiros, a teor do art. 19, inciso III, da Constituição da República³³²”³³³.

Em análise ao dispositivo acima mencionado, José Afonso da Silva salienta que esse comando normativo constitui-se manifestação do princípio federativo da unidade de nacionalidade de todos os brasileiros, qualquer que seja o Estado ou Município de seu nascimento e expressa ainda o princípio da paridade entre as unidades da federação³³⁴.

Vislumbra o jurista em destaque que o disposto constitucional alhures assegura não apenas a ideia de igualdade entre os brasileiros, mas também a de igualdade federativa substantiva:

A vedação de criar *distinções entre brasileiros* coliga-se com o princípio da igualdade. Significa que um Estado não pode criar vantagem a favor de seus filhos em detrimentos de originários de outros, como não poderá prejudicar filhos de qualquer Estado em relação a filhos de outros, nem filhos de um Município em relação a filhos de outros. A União não poderá beneficiar nem prejudicar filhos de uns Estados ou Municípios ou Distrito Federal mais do que filhos de outros. Tampouco os Municípios poderão fazê-lo.³³⁵

No desfecho de seu esboço posicionamento doutrinário a respeito do tema, aduz o jurista em destaque que: “A paridade federativa encontra apoio na *vedação de criar preferências* entre um Estado federado e outro ou outros, ou entre os Municípios de um

³³⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

³³¹ ALMEIDA, 2013, p. 95.

³³² Constituição Federal de 1988: Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...); III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

³³³ OLIVEIRA, Ricardo Victalino. *Federalismo assimétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 135.

³³⁴ SILVA, 2005, p. 476.

³³⁵ *Ibidem*, p. 476.

Estado e os de outro, ou entre Estado e Distrito Federal.”³³⁶

Nessa explicação fica demonstrada a verdadeira razão da vedação constitucional, que é de garantir a igualdade federativa, de sorte que não se dê preferência injustificada por uma entidade federativa em detrimento das demais. Por que razão? Para que se estabeleçam as condições materiais a que todos os brasileiros possam usufruir da riqueza do país, por meio da prestação de direitos fundamentais sociais financiados pelo Estado, mediante suas unidades federadas³³⁷.

Todavia, a igualdade entre os brasileiros só estará sendo respeitada se o Estado federal, por intermédio de suas unidades federadas, oferecer serviços públicos essenciais em condições materiais igualitárias a todos os cidadãos do país. Portanto, a igualdade impõe ao Estado federal brasileiro, por meio da União, dos 26 Estados-membros, do Distrito Federal e dos mais de 5.500 Municípios a obrigação de ofertarem serviços públicos com padrão mínimo de qualidade, em escala nacional, para os todos os cidadãos.

Nessa perspectiva, ao defender a ideia de uma justa redistribuição de riqueza fundada na lógica da igualdade substantiva, a principal preocupação não é o ente federado receptor dos recursos, mas as condições sociais dos cidadãos residentes no espaço territorial das unidades federadas correspondentes³³⁸.

Trata-se de técnica de relações intergovernamentais em que o alvo é o cidadão, de maneira que entes federados são apenas instrumentos para viabilizar a distribuição dos recursos públicos com vistas a melhorar os indicadores sociais das unidades federadas, nomeadamente aquelas em piores condições.

Assim, a distribuição de recursos, segundo o princípio da igualdade federativa, propicia que todos os entes federados tenham condições de oferecer um conjunto de prestações sociais com padrão mínimo de qualidade, a se traduzir em mecanismo para viabilizar a igual cidadania³³⁹.

Essa interpretação decorre do fato de que a igualdade entre os entes federados subnacionais pressupõe que todos sejam tratados como iguais do ponto de vista substantivo, em não apenas no sentido formal. Daí entender-se ser uma questão de justiça social exigir-se que o Estado, nas diversas esferas de governo, preste os direitos fundamentais em padrão de

³³⁶SILVA, 2005, p. 476.

³³⁷OLIVEIRA, 2012, p. 137.

³³⁸RUBINSTEIN, Flávio. Promoção da equalização fiscal no federalismo brasileiro: O papel dos fundos de participação. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo fiscal: Questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 262.

³³⁹Cf. USHER, Dan. *The Reform of Equalization Payments*. In: *Canadian Public Pollicy – Analyse de Politiques* (análise no contexto da federação canadense), 2007, p. 362. Disponível em <<http://www.utpjournals.press/doi/10.3138/cpp.33.3.337>> Acesso em 20.mar.2017.

qualidade nacional, de forma que todos recebam o mesmo tratamento, independentemente da região geográfica onde residam, conforme preconiza a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE)³⁴⁰.

Não por outra razão que Alessandra Silveira enfatiza que o Estado federal deve buscar potencializar o desenvolvimento socioeconômico de todos, com esforço para por em prática a tendência de equivalência das condições de vida dos cidadãos, independente do Estado, cidade, vila ou lugarejo onde estejam morando³⁴¹.

É de ver que a observância do princípio da igualdade federativa permite que se efetive a verdadeira igualdade no tratamento à pessoa humana, pois cria as condições necessárias para a prestação do serviço público com padrão similar em todo território nacional, o que favorece a melhoria gradativa dos indicadores sociais, a torna-los similares em todas as regiões do país.

Assim, a redução de desníveis sociais no Brasil demanda a correção de aspectos relacionados a desigualdades entre os entes federados subnacionais, especialmente na dimensão financeira, pois sem a devida equalização financeira erige-se um obstáculo a que Estados e Municípios prestem direitos fundamentais como exige o princípio da igualdade entre todos, do gaúcho ao ribeirinho da Amazônia brasileira.

É de se ressaltar ainda que o princípio da igualdade em sua importante dimensão federativa (igualdade federativa) teve acolhimento na decisão emblemática do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 26 de agosto de 1982, autos da Representação nº 1.103-8-RJ, cujo Relator Ministro Rafael Mayer consignou que o alcance do art. 9, I da Constituição de 1967, alterada pela E.C³⁴² nº 01/1969³⁴³.

Em abono ao afirmado supra, pode-se mencionar a argumentação desenvolvida pelos Advogados do Estado de Minas Gerais, subscritores das informações oferecidas no Mandado de Segurança nº 34.122/MG³⁴⁴, impetrado junto ao STF, em que, embora sustentem

³⁴⁰OCDE: *Fiscal equalization in OECD Countries*, Working Paper Nº 4, 2007. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/federalism/39234016.pdf> > Acesso em 02.mar.2017.

³⁴¹SILVEIRA, 2007, p. 350-351.

³⁴² Emenda Constitucional.

³⁴³No voto do Relator, Ministro Rafael Mayer, ficou consignado que a lei estadual do Rio de Janeiro, em matéria de Licitação, não poderia fazer discriminação em relação a empresas situadas em outro Estado, dando preferência para as empresas sediadas naquela unidade federada. Em seu voto, argumentou o Relator que estaria vulnerado o art. 9º, I, da Constituição Federal da época, cujo texto correspondente na literalidade ao do art. 19, III, da CF/1988, pelo fato de que o alcance e sentido da igualdade, em sua melhor interpretação, deveria projetar-se para o plano da Federação, na busca de se estabelecer a igualdade entre os entes federados subnacionais, em conformidade com a unidade da Federação. Representação nº 1.103-8/RJ, Relator Ministro Rafael Mayer, julgamento em 26.ago.1982, DJ 08.out.1982. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01.mar.2017.

³⁴⁴Informações prestadas nos autos do Mandado de Segurança nº 34.122/MG, subscritas por Onofre Alves Batista Júnior (Advogado-Geral do Estado); Daniel Cabaleiro Saldanha (Procurador do Estado) e Tarcísio Diniz

haver dificuldades para se aplicar a teoria de Rawls em relações federativas, admitem a possibilidade de aplicação dessa vertente teórica para resolver disputas federativas horizontais, como as que versam sobre Fundo de Participação dos Estados (FPE), que destinam a reduzir desequilíbrios financeiros entre Estados-membros.

Com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um sistema distributivo de recursos fiscais com a finalidade de promover a equalização financeira entre os Estados componentes da Federação brasileira. Para tanto, determinou a CF/1988 que parcela do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), de competência da União, deverá ser destinada a formar o FPE e o FPM, para ser partilhada entre os entes subnacionais.

Em relação ao tema da federação na sua interface com a descentralização fiscal para promover a equalização financeira entre os entes subnacionais, em artigo específico, Marciano Godoi assevera que:

Com a Constituição de 1988, aprofundou-se a tendência da descentralização fiscal. Além de contar com o novo e potente ICMS, muito maior do que o antigo ICM, incorporou importantíssimos setores econômicos (transportes, combustíveis, minerais, comunicações) antes tributados por impostos federais, os Estados e o Distrito Federal tiveram um aumento expressivo no percentual da arrecadação do IR e do IPI destinado ao FPE.³⁴⁵

Ao longo do trabalho referido, Marciano Godoi procura demonstrar, entre outros aspectos, que o rateio do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal é o de perseguir, com a máxima possibilidade possível, o equilíbrio socioeconômico entre as unidades da federação brasileira.³⁴⁶

Além dos pontos até agora apresentados, busca-se também neste trabalho trazer argumentos para dar efetividade ao princípio da igualdade de oportunidades, vinculada aos valores da teoria igualitária de justiça pregada por Rawls³⁴⁷, no sentido de que o Estado e a sociedade³⁴⁸ devem estabelecer um esquema de distribuição da riqueza de forma a assegurar a

Magalhães (Assistente do Advogado-Geral do Estado). O referido documento foi solicitado por este pesquisador aos autores e enviado via internet para o e-mail correspondente, em 10.out.2016.

³⁴⁵GODOI, Marciano Seabra. Nova Legislação do Fundo de Participação dos Estados (LC 143/2013): A curiosa resposta do Congresso Nacional às determinações do Supremo Tribunal Federal. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado e Tributação*. Coleção Federalismo e Tributação. v.1. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 226.

³⁴⁶GODOI, 2015, p. 225-235.

³⁴⁷RAWLS, 2008, p. 101-119.

³⁴⁸Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a postura normativa da Constituição Federal de 1988, ao consagrar o Estado Democrático de Direito, indutora do reconhecimento da democratização da sociedade, não permite que se estabeleça uma separação rígida entre Estado e sociedade. Embora a sociedade seja um ente distinto da realidade estatal, mas, de outro ângulo, está simultaneamente integrada ao Estado, de modo a formar uma complicada síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social. Para esse jurista, as garantias constitucionais proporcionadas pelo Estado de Direito têm contornos caracterizadas por delimitações (limitadoras da intervenção do Estado em

igualdade de condições de partida aos cidadãos e para cada geração³⁴⁹, justamente para não privar o exercício da liberdade em razão de fatores arbitrários, como as contingências sociais³⁵⁰, os fatores naturais e a boa ou má sorte ao longo da vida.

Em desdobramento ao princípio da igualdade de oportunidades, Flávio Rubinstein argumenta que todo cidadão merece receber, pelo menos, um nível mínimo de serviços públicos essenciais (uma espécie de cesta básica mínima, com padrão adequado de qualidade), sendo que esse ponto fundamenta-se no parâmetro de *equidade categórica* defendido por John Yinger³⁵¹.

Esse parâmetro possibilita uma equalização horizontal justa para reduzir desigualdades entre regiões e entes federados da Federação, pois impede que determinados cidadãos sejam submetidos a condições humilhantes e menos favoráveis só porque moram em cidades ou Estados que oferecem serviços de baixa qualidade, por falta de capacidade financeira³⁵².

Em defesa de uma sociedade caracterizada pela equalização horizontal e pela eficiência, que garanta igualdade de oportunidades a todos os cidadãos, Flávio Rubinstein sustenta que: “a promoção da eficiência e da equidade horizontal na federação ajudaria a permitir que governos subnacionais com menor grau de capacidade fiscal prestassem serviços públicos básicos com níveis de qualidade razoavelmente comparáveis aos dos demais entes da federação”³⁵³.

Portanto, a igualdade federativa substantiva que se defende tem por escopo assegurar a equalização das capacidades financeiras das unidades federadas subnacionais para possibilitar o acesso a todos os cidadãos brasileiros aos serviços públicos essenciais, com padrão de qualidade nacional, o que demanda, evidentemente, a justa distribuição dos recursos públicos entre as unidades federadas.

relação à liberdade do cidadão). Já as garantias exigidas do Estado Social “pressupõe um Estado politicamente ativo, que desempenha funções distributivas, que em última análise desconhece o dualismo entre estado e sociedade.” FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal*. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjunior.com.br/?q=publicacoes-cientificas/137>> Acesso em 04.mar.2017.

³⁴⁹ZIPPELIUS, 1994, p. 457.

³⁵⁰A teoria da justiça considera que as perspectivas de vida dos cidadãos são afetadas por três tipos de contingências, entre as quais a classe social de origem (origem familiar), que se constitui em fator arbitrário, razão porque as desigualdades daí decorrentes devem ser equacionadas pelas regulamentações da justiça de fundo. Essa justiça de fundo vê a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais. RAWLS, 2003, p. 78.

³⁵¹RUBEINSTEIN, 2010, p. 265.

³⁵²A esse respeito, o art. 36 da Constituição do Canadá diz que o objetivo da equalização fiscal é assegurar que os governos provinciais tenham receitas suficientes para oferecer serviços públicos básicos em padrão razoável, compatível ao patamar da arrecadação tributária.

³⁵³RUBEINSTEIN, 2010, p. 266.

2.7 Federalismo cooperativo como princípio constitucional na Federação brasileira

2.7.1 Noção de princípio jurídico na Teoria do Direito

O propósito desta seção é discutir o federalismo não como conceito conforme já demonstrado alhures, mas sim como um princípio jurídico³⁵⁴ em torno do qual gravita um plexo de valores em constante tensão interna³⁵⁵, o que é inerente ao sistema jurídico e serve para ampliar a compreensão do fenômeno e a aplicá-lo segundo circunstâncias históricas e as peculiaridades da realidade.

Em razão dessa delimitação do objeto em estudo, far-se-á assim uma análise do federalismo como princípio a partir da vertente teórica desenvolvida por Robert Alexy³⁵⁶, que recebeu forte influência do pensamento esboçado por Ronald Dworkin³⁵⁷, particularmente quanto à teoria dos princípios jurídicos³⁵⁸.

Segundo a teoria dos princípios formulada pelos autores retro mencionados, os princípios e as regras são duas espécies de normas jurídicas do sistema jurídico que, apesar de apresentarem diferenças em suas estruturas, elas têm em comum o atributo de informar o que deve ser realizado em termos de conduta, ou seja, ambas situam-se no plano do *dever ser*.

Conquanto as aludidas teorias apresentem certos pontos não convergentes, até

³⁵⁴Cf. GALLUPO, Marcelo Campos. O estudo dos princípios jurídicos é um tema antigo da Filosofia e da Teoria do Direito e a sua correta compreensão é importante não apenas do ponto de vista técnico pelo operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético e moral do Direito e para sua aplicação pelos Tribunais. De acordo com o autor, o estudo sobre o tema ganhou relevo com o período das codificações, no século XIX, quando os Códigos passaram a assumi-los ou a recusá-los como fonte ou meio de integração é que a questão passou a ser controversa no âmbito da Teoria do Direito. A questão ganhou mais destaque quando o *Tribunal Internacional Permanente de Haia* concebe os princípios como fonte de suas decisões, reconhecendo seu caráter normativo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.36 n.143 jul./set.1999, p. 191. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>. Acesso em 14.fev.2017.

³⁵⁵Cf. BERNANDES, Wilba Lúcia Maia. A autora argumenta que o fato de o federalismo ser um fenômeno aberto, inacabado, marcado por uma tensão interna, inerente aos princípios jurídicos, em vez de desqualificá-lo, qualifica-o positivamente. *Federação e Federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 48-49.

³⁵⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., 2ª tiragem. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86-87.

³⁵⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 35-50.

³⁵⁸Acerca da teoria dos princípios e de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, há autores nacionais que também abordam o tema de uma perspectiva crítica: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo Malheiros/ Sociedade Brasileira de Direito Público, 2014. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, dentre outros.

porque Alexy procurou aperfeiçoar o que Dworkin escreveu³⁵⁹, elas partem da mesma premissa a de que princípios e regras são normas jurídicas e ambas as categorias preveem consequências jurídicas, o que contribui para romper um equívoco de uma leitura equivocada que concebia normas e princípios como categorias contrapostas.

Segundo a proposta de Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”, ou ainda, mais sintético, os princípios são “mandamentos de otimização.”³⁶⁰

Vale o registro de que há autores que entendem o princípio jurídico como “normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas.”³⁶¹

Considerando esse aporte teórico, quando se fala em *princípio do federalismo* significa que essa norma deve ser cumprida na melhor medida possível em relação ao contexto político, econômico, social para o qual se dirige, ou seja, dever ser aplicado na sua melhor forma, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no ato de sua aplicação, até porque se trata de um princípio extremamente importante para o sistema.

No contexto de uma Federação como a brasileira que se pretende firmar-se como Estado Democrático de Direito e que pretende implementar uma sociedade justa, de modo a erradicar a pobreza e reduzir desigualdades regionais e sociais, o princípio do federalismo ocupa lugar de destaque, pelo que exige ser aplicado na sua máxima normatividade.

Entretanto, necessário esclarecer que a normatividade do federalismo, na sua máxima eficácia, em uma sociedade que se dispõe a tratar a todos com igual consideração e cujos cidadãos têm igual valor, requer que na interpretação e aplicação desse princípio se conectem um feixe de valores que lhes são inerentes, como o valor *solidariedade*, presente no art. 3º, I, da CF/88.

Vale esclarecer que a solidariedade de se fala, associada ao princípio do federalismo, é visualizada aqui como valor jurídico que gravita em torno desse princípio. Visto dessa forma, a solidariedade constitui-se em valor que serve de fonte axiológica para possibilitar uma adequada interpretação do conteúdo do federalismo como princípio no contexto da Federação brasileira.

Neste passo, abre-se a oportunidade para se proceder a uma distinção entre valor e princípio, uma vez que, conquanto inter-relacionados, diferenciam-se. A proximidade entre as noções de princípio e valor decorre do fato de que este é parte integrante da norma e acha-se

³⁵⁹Dado o escopo deste trabalho, não se fará uma abordagem específica sobre as divergências entre as concepções de Alexy e Dworkin.

³⁶⁰ALEXY, 2012, p. 90.

³⁶¹Cf. GALUPPO, 1999, p. 195.

subjacente a ela. Na estrutura da norma pode hospedar-se um valor que lhe dá origem³⁶², conferindo-lhe a carga axiológica no contexto do sistema jurídico.

O valor pode ser entendido como “caráter das coisas consistindo em que elas são mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, por um grupo de sujeitos determinados³⁶³.”

Para Habermas, os valores atuam como fundamentos para nossas ações, em que se leva em conta o que é bom para uma determinada comunidade realizar seus fins, sendo que quando se fundamenta com base nos valores adota-se como critério o que se considera *bom*³⁶⁴ para a comunidade, de maneira que, no contexto da sociedade, uma ação alicerçada em valores busca aquilo que é bom para o coletivo.

As normas jurídicas apresentam um substrato que se conectam a valores. As normas possuem natureza deontológica, ou seja, toda norma enuncia algo que deve ser e daí decorre a coercibilidade jurídica. Essa característica, entretanto, não estaria presente no valor, os quais apresentam um conteúdo ético ou moral, mas sem a coercibilidade própria do Direito³⁶⁵.

Uma interessante comparação entre valor e princípio é feita por Afonso Figueroa quando utiliza a igualdade para explicar a proximidade e a distinção entre ambos:

Cuando hablamos del principio de la igualdad, os referimos a la norma que prescribe que no se debe discriminar a las personas (art. 14 de la Constitución española). Cuando hablamos del valor igualdad (art. 11 del mismo texto normativo), estamos incorporando una dimensión axiológica, que establece que se adecuen al valor descrito (em rigor, esto no debería de por sí representar una norma). Em este caso, la sociedad que no discrimine a las personas por razón de sexo, raza, etc. es considerada buena en lo que respecta esse valor (de acuerdo con otro valor podría ser negativa, por ejemplo, a la luz del valor de la libertad, si no respetara de los individuos).³⁶⁶

A compreensão também pode ser empreendida em relação ao princípio que prescreve que o direito à vida deve ser respeitado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Pois bem, esse princípio tem como *valor* integrante a proteção da vida humana. Por sua vez, a regra do art. 121 do Código Penal que criminaliza o

³⁶² Cf. FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.48, n.189, jan./mar.2011, p. 114. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em 13.01.2017.

³⁶³ Cf. GALUPPO, quando cita pensamento esposado no dicionário de filosofia de André Lalande, 1999, 196.

³⁶⁴ GALUPPO, 1999, p. 197.

³⁶⁵ ALEXY, 2012, p. 147.

³⁶⁶ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídicos – El positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1988, p. 208.

homicídio hospeda também o mesmo valor jurídico, a proteção da vida humana³⁶⁷.

Assim, considerando-se a Constituição Federal de 1988, pode-se mencionar como valores jurídicos do sistema jurídico, a justiça social, a igualdade substancial, a liberdade e a democracia. Esses valores informam como o federalismo do Estado brasileiro deve ser interpretado e aplicado.

Nessa linha argumentativa, a solidariedade como valor vinculado ao federalismo brasileiro - federalismo como princípio jurídico - atua para justificar moralmente a reciprocidade e a forma de tratamento a ser estabelecida entre os entes federados³⁶⁸ com o fim de construir uma sociedade justa e solidária, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3º da Constituição Federal).

Nessas condições e tendo em conta os valores hospedados na Constituição Federal de 1988, a adequada compreensão do federalismo brasileiro como princípio constitucional não é possível por meio de uma interpretação descontextualizada dos valores justiça social, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, dentre outros, pois são esses os valores que possibilitam ao princípio em questão ter a máxima eficácia social³⁶⁹.

2.7.2 Prenúncio do federalismo fiscal cooperativo no Brasil

Afirma-se que o federalismo fiscal de cooperação no Brasil teve seus primeiros passos nas décadas de 1920 e de 1930, decorrente de conflitos entre Estados da federação brasileira, que se mostravam insatisfeitos com a forma como as competências tributárias eram distribuídas no Brasil, daí que a Constituição de 1934 procurou corrigir essas

³⁶⁷Cf. LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios*, p. 36.

³⁶⁸Ao oferecer a ideia de sociedade como sistema de cooperação social, Rawls faz referência à noção de fraternidade que também guarda pertinência com a ideia de solidariedade. Entretanto, o filósofo argumenta que essas valores-ideais não expressam nenhuma exigência definida. Para que esses valores ganhem força, por assim dizer, é fundamental que se acoplem a um princípio de justiça, pelo que demonstra que *o princípio da diferença* corresponde a um significado natural de fraternidade, que se traduz na ideia de “não querer ter vantagens maiores a menos que seja para o bem de quem está em pior situação.” Para facilitar a compreensão de sua ideia, Rawls faz alusão aos membros de uma família que, dado o vínculo de fraternidade, reciprocidade e solidariedade entre eles, não gostariam de querer ganhar mais, a não ser que possam promover os interesses dos demais. O filósofo argumenta que a fraternidade não é uma concepção impraticável, pois perfeitamente exequível. RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 126.

³⁶⁹Canotilho adota a expressão *princípio da máxima efetividade*, também denominado de princípio da máxima eficiência ou princípio da interpretação efetiva. Argumento o constitucionalista que é um princípio interpretativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais. CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1224.

distorções³⁷⁰. Mas foi com a Constituição de 1946 que o federalismo fiscal teve um alargamento significativo, pelo fato de que essa Carta constitucional ampliou a descentralização financeira no país. Isso se deu pela criação de mecanismos de redistribuição do produto da arrecadação de impostos federais que passaram a ser compartilhados com os Estados e Municípios, conforme se pode constatar pelo texto do art. 15 daquele documento:

Art. 15. Compete à União decretar impostos sobre: (...)
 III – produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica;
 IV – renda e proventos de qualquer natureza;
 §2º A tributação de que trata o n. III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto. **Da renda resultante, sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito federal e aos Municípios, proporcionalmente à superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal.** (...)
 §4º A União entregará aos Municípios, excluídos os das Capitais, dez por cento do total que arrecadar do imposto de que trata o n. IV, *feita a distribuição em partes iguais* e aplicando-se, pelo menos, metade da importância em benefícios de ordem rural.³⁷¹ (destaques acrescentados).

Esse mecanismo de redistribuição de receitas públicas ocorre em verticalidade porque a operação dá-se entre o ente central (União) e os entes periféricos. Por meio dessa relação, a União transfere aos Estados e Municípios parcela do produto da arrecadação de suas receitas tributárias como forma de proporcionar equalização financeira e evitar conflitos federativos.

Em relação a essa inovação da Constituição de 1946, argumenta Aliomar Baleeiro que houve uma singularidade nesse documento pelo fato de estabelecer uma política de valorização do homem como centro da preocupação do Estado brasileiro, em que os constituintes partiram do princípio filosófico kantiano de que o ente estatal não é fim em si mesmo, mas meio para o fim, sendo que esse fim é o homem³⁷².

Para tanto, o Estado deveria convergir esforços financeiros a fim de elevar as condições de vida dos seus cidadãos pobres, tanto no aspecto material, quanto na dimensão moral e intelectual³⁷³.

Na escurteira percepção de Baleeiro, com a melhoria das condições

³⁷⁰TORRES, Heleno Taveira, *Op. cit.*, p. 30-31.

³⁷¹BRASIL, *Constituição Federal de 1946*, art. 15. Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 14.fev.2017.

³⁷²BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras*, 3ª ed., v. V, 1946, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 13. Disponível: <http://www2.senado.leg.br/bdfs/handle/id/139953>. Acesso em 15.fev.2017.

³⁷³BALEIRO, SOBRINHO, *Op. cit.*, p. 13.

socioeconômicas dos cidadãos das zonas atrasadas, “do ponto de vista da saúde, da educação, do bem-estar econômico, viria, como consequência, o desenvolvimento total da Nação.”³⁷⁴

Em relação à redistribuição de receitas oriundas da arrecadação da União, reportando-se à Constituição de 1946, Baleeiro faz o seguinte comentário:

Consciente de que a maior parte do País se empregava na faixa agrícola no interior, sem as oportunidades de tratamento médico, saúde, instrução, transportes e oportunidades de ganho das populações urbanas, insinuava uma política de recuperação das áreas atrasadas. Daí a “Revolução Municipalista” já mencionada pelo “Sistema de Vasos Comunicantes” em matéria financeira: parte das receitas das zonas urbanas industrializadas e prósperas deveria ser canalizada para os Municípios do interior, mediante redistribuição de 10% da arrecadação total do imposto sobre a renda por todas as prefeituras, exceto as das capitais.³⁷⁵

Ao que se constata, desde a Carta Constitucional de 1946, instalou-se no Estado brasileiro o federalismo financeiro cooperativo, fundamentado no valor igual de cada cidadão e, portanto, em alicerces de justiça distributiva, em que a própria Constituição serviu de fonte normativa para se efetivar a redistribuição de recursos, na base da solidariedade social como valor da República, tudo como forma de promover igualização de condições sociais de vida do povo brasileiro.

Com a Emenda Constitucional nº 5, de 1961, essa redistribuição foi substancialmente aumentada para patamar de 15% do Imposto de Renda e 10% do Imposto de Consumo, o que fortaleceu o federalismo cooperativo no Brasil, dando melhor equilíbrio na redistribuição das receitas públicas.

Portanto, a redistribuição de receitas promovidas pela Constituição de 1946 baseou-se em princípios filosóficos de justiça distributiva, com vistas a implantar um típico federalismo financeiro de cooperação, onde a preocupação predominante era a de equilíbrio financeiro fiscal para possibilitar equilíbrio financeiro na Federação e, acima de tudo, minimização de disparidades socioeconômicas³⁷⁶.

Na década de 1960 o governo João Goulart esforçou-se para implantar as “reformas de base”, com o intuito de promover aperfeiçoamento do sistema tributário e para isso criou uma Comissão do Ministério da Fazenda, mas em razão do golpe militar de 1964 os

³⁷⁴ BALEEIRO, SOBRINHO, 2012, p. 13.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 13.

³⁷⁶ Cf. BALEEIRO, SOBRINHO, “a recuperação do homem pela educação se operava através da reserva de parte dos impostos (10 % dos federais; 20% dos estaduais e municipais) exclusivamente para esse fim (art. 169).” Em adição, aduzem: “E as zonas atrasadas também tiveram dotações compulsórias dos tributos de todo o País, completando-se a rede de vasos comunicantes (3% da renda atribuída da União e dos Estados no Polígono das Secas – o Nordeste, até parte da Bahia, e de Minas Gerais; 3% dos tributos da União, durante 20 anos no plano de valorização econômica da Amazônia (art. 199); 1% da renda federal para o plano de aproveitamento total das possibilidades econômicas do rio São Francisco e seus afluentes).” *Op. cit.*, p. 14.

trabalhos só foram concluídos em 1965, com a Emenda Constitucional nº 18³⁷⁷.

Finalmente, com o advento da Constituição de 1988, na vertente financeira, deu-se a instituição de um verdadeiro federalismo cooperativo de equalização, uma vez que foram adotados vários mecanismos redistributivos, plenamente coerentes com os objetivos da Federação brasileira, os quais procuram redistribuir receitas públicas, como ocorre com os Fundos de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), dentre outros que visam contribuir para a redução das desigualdades regionais e sociais.

A esse respeito, Ferraz, Godoi e Spagnol pontuam que a Federação brasileira, do ponto de vista financeiro, consagra um federalismo cooperativo fiscal³⁷⁸.

Por tudo quanto esclarecido alhures, o princípio do federalismo cooperativo não é uma inovação da Constituição de 1988 e nem tampouco foi introduzido no Brasil em épocas recentes por obra de algum jurista alienígena, pois desde a Constituição de 1946, há 70 anos, foi instaurado no Estado brasileiro esse princípio, conforme se demonstrará em linhas seguintes³⁷⁹.

É curioso como alguns pensam que o federalismo financeiro cooperativo é tema recente o Brasil, como se fosse uma novidade que se manifestou pós Constituição de 1988 e não algo que vem sendo construído historicamente na sociedade brasileira desde a década de 1940, como evidencia a Constituição de 1946.

Na entrevista colhida, em 2014, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público com os juristas alemães Blankennagel e Cristian Waldhoff, ambos da Universidade Humboldt³⁸⁰, deixa-se transparecer, em certa medida, que a experiência do federalismo cooperativo alemão parece ser a última moda acadêmica aportada em *terrae brasilis*.³⁸¹

Nessa entrevista, a primeira pergunta formulada consiste em saber se é possível instaurar o federalismo cooperativo num país presidencialista como Brasil, o que revela certo desconhecimento do entrevistador quanto à história brasileira e ao conteúdo da Constituição de 1946³⁸², que prenuncia o federalismo cooperativo na República brasileira, como se verá

³⁷⁷TORRES, Heleno Taveira, *Op. cit.*, p. 32.

³⁷⁸FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2015, p. 38.

³⁷⁹Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Federalismo cooperativo exige reformas políticas e tributárias no país*. Disponível em: <http://fenatracoop.com.br/site/federalismo-cooperativo-exige-reformas-politicas-e-tributaria-no-pais/> Acesso em 17.fev.2017.

³⁸⁰Também parece que o federalismo cooperativo está sendo redescoberto pelo Supremo Tribunal Federal

³⁸¹É necessário pontuar que o federalismo cooperativo só foi instituído oficialmente no ordenamento jurídico da Alemanha com a Reforma Constitucional de 1967/1969, pelos artigos 91 a 91b, conquanto já sendo tratado na doutrina e na jurisprudência, conforme notícia HORBACH, Beatriz. Consultor Jurídico: CONJUR: *STF redescobre federalismo cooperativo – notas sob a perspectiva alemã*. Disponível em: <conjur.com.br/2017-fev-11/stf-redescobre-federalismo.cooperativo-notas-visao-alema> Acesso em 17.fev.2017.

³⁸²Consultor Jurídico - CONJUR: Entrevista, de 25.ago.2014, intitulada: *Para juristas alemães, federalismo*

adiante

Esclarece-se ainda que se intenta demonstrar, nesta seção, existir uma relação entre justiça distributiva em Rawls como tema da Filosofia Política normativa³⁸³ e os fundamentos do federalismo financeiro de cooperação como tema jurídico, pois esse modo de realização do federalismo baseia-se em mecanismos de distribuição de recursos públicos fundados na solidariedade ou fraternidade, na liberdade e na igualdade entre todos os cidadãos.

No âmbito do Estado federal, o ideal de igualdade, na dimensão financeira, deve ser conectado ao federalismo como forma de garantir distribuição equânime de recursos públicos entre os entes federados, sem qualquer discriminação ou garantia de privilégio.

Nessa linha, quando se pensa em partilha das receitas públicas deve-se levar em consideração o que é melhor para todos e não o que é mais benéfico para um grupo de pessoas ou de entes federados.

Deveras, é ínsito a essa dimensão do federalismo a ideia de compromisso com a coletividade e de reciprocidade entres as unidades componentes da Federação, porquanto o princípio informa no sentido de que os entes políticos deem colaborar entre si, tanto na relação vertical (União para com os entes menores), quanto na horizontal (Estados-membros entre si), para realizar equalização financeira e, dessa forma, concretização progressiva dos objetivos fundamentais do Estado.

Em razão da relevância do princípio do federalismo cooperativo como mecanismo norteado a assegurar igualdade federativa na dimensão financeira, desponta como mecanismo adequado a erradicar pobreza e a reduzir das desigualdades sociais e intergovernamentais, razão pela qual deve ser efetivado nas suas máximas possibilidades.³⁸⁴

cooperativo pode funcionar no Brasil. Disponível em: <conjur.com.br/2014-ago-25/juristas-alemaes-federalismo-cooperativo-funcionaria-brasil> Acesso em 17.fev.2017.

³⁸³No que tange à justiça distributiva, a relação com o princípio do *princípio do federalismo de cooperação* dá-se de modo mais particular por meio do princípio da diferença desenvolvido por Rawls para dar força normativa ao valor fraternidade ou solidariedade, de forma que a pessoa não se pode querer exigir mais vantagens ou benefícios se não resultar em benefício proporcional para o outro.

³⁸⁴Expressão usada por TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE* – Belo Horizonte, ano 3, n.5, p.25-54, mar./ago. 2014. Disponível em <https://adisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=201882> Acesso em 14.fev.2017.

2.7.3 Federalismo cooperativo e a interface com a teoria contratualista de Rawls

Grosso modo, pode-se afirmar que o federalismo financeiro cooperativo³⁸⁵ é um princípio jurídico que, conectado aos valores igualdade, liberdade³⁸⁶ e solidariedade social³⁸⁷, impõe aos entes federados o dever de atuação em regime de cooperação, com vistas à realização dos objetivos fundamentais da sociedade³⁸⁸, enquanto ideal político conformado à Constituição.

O federalismo cooperativo, em sua dimensão financeira, constitui-se assim em mecanismo jurídico que visa estabelecer equalização financeira entre os entes federados, com vistas a reduzir disparidades sociais e econômicas na Federação e opera-se mediante uma técnica pela qual os entes com maior capacidade financeira colaboram para fortalecer os mais fracos. O fim último da cooperação é o compromisso com o bem de todos.

Sem embargo da tensão que pode se estabelecer entre os entes que compõe a federação, trata-se de um modo de distribuição³⁸⁹ ou de redistribuição de recursos públicos possível de conviver com a ideia de federalismo competitivo, baseado este na competência privativa de arrecadação das unidades federadas.

Gilberto Bercovici destaca as virtudes do federalismo cooperativo na contemporaneidade como instrumento para promover equalização fiscal e descentralização de atuação dos entes federados, ao afirmar que:

O grande objetivo do federalismo, na atualidade, é a busca de cooperação entre a União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com imperativos da integração econômica nacional. Assim, o fundamento do federalismo cooperativo,

³⁸⁵ A expressão federalismo financeiro cooperativo ou federalismo fiscal cooperativo é adotada na doutrina por diversos autores, tais como BERCOVICI, Gilberto; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; GODOI, Marciano Seabra de; HANS, Klein; HORTA, Raul Machado; TORRES, Heleno Taveira; ROVIRA, Enoch Albert, dentre outros.

³⁸⁶ A liberdade referida não é a meramente formal (consagrada na lei ou na Constituição), mas a liberdade substantiva, conforme concebe Amartya Sen, compreendida assim como expansão das potencialidades das pessoas a fim de que possam exercer a verdadeira cidadania, o que requer a adoção de prestações positivas por parte do Estado, como prestação de serviços públicos essenciais, tudo como forma de propiciar condições objetivas de desenvolvimento humano. SEN, 2010.

³⁸⁷ Em relação à solidariedade, Heleno Torres sustenta ser de suma importância para promover a cooperação no federalismo. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: RT, 2014, p. 253.

³⁸⁸ Na esteira de RAWLS, John, a sociedade é compreendida como sistema equitativo de cooperação social.

³⁸⁹ Cf. Frederico Breyner, a distribuição do produto da arrecadação consiste no meio pelo qual se atribuiu a um ente federativo (regional ou local) a titularidade de recursos arrecadados por outro (central ou regional) ou na outorga do direito à participação em fundos constituídos pela arrecadação do poder central ou regional. BREYNER, Frederico Menezes. *As regras atuais do FPM: Questões jurídicas e econômicas pertinentes ao impacto dos benefícios fiscais concedidos pela União Federal no âmbito do IPI e do IR*. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA Júnior, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e tributação: Das origens à crise atual*. Coleção Federalismo e Tributação. v.1. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 176.

em termos fiscais, é a cooperação financeira, que se desenvolve em virtude da necessidade de solidariedade federal por meio de políticas públicas conjuntas e de compensações das disparidades regionais.³⁹⁰

O federalismo cooperativo cumpre assim função relevante no Estado federal na medida em que, ao se afigurar com diferentes níveis de governo (relações verticais e horizontais), presta-se a assegurar equilíbrio nas relações federativas, a atuar especificamente como instrumento de equalização financeira entre as unidades federadas com vistas à redução de desigualdades federativas e, acima de tudo, disparidades socioeconômicas no âmbito da sociedade.

Além do mais, o federalismo cooperativo possibilita oxigenação nas relações intergovernamentais e um dever de compromisso com a federação e com todos, isso é, dever de fidelidade federativa³⁹¹, em que são considerados todos os entes federados (União, Estados-membros e Municípios) como partícipes da distribuição e não apenas alguns e isso com o escopo de oferecer melhoria das condições de vida de todos os cidadãos do país.

Fixado esse ponto preliminar, cabe examinar de que modo se dá a conexão entre o federalismo cooperativo e a teoria contratualista de Rawls, que se fundamenta na ideia de justiça distributiva, conforme demonstrado no capítulo primeiro.

A interface entre a lógica do federalismo cooperativo e a teoria contratualista igualitária de Rawls decorre essencialmente do fato de que ambas partem da ideia-núcleo de fidelidade com a dignidade humana e, assim, de igual cidadania, a exigir que se conceba a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, em que as relações intergovernamentais sejam fundadas na solidariedade/reciprocidade/fraternidade e não como se os entes federados fossem entes atomizados e desconectados do todo.

Outro detalhe é que os princípios fundamentais da teoria de Rawls podem adotadas em qualquer sociedade democrática, independente da forma de Estado, característica que permite adaptá-las para aplicá-los em sociedades que adotam o federalismo cooperativo como forma de reduzir desequilíbrios financeiros entre os entes federados.

A teoria de justiça de Rawls oferece um norte seguro para, por exemplo, reduzir acentuadas disparidades, que não se justificam no contexto social ou nas relações governamentais federativas. Essas possuem um ponto comum forte: o fato de possibilitar

³⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto. Federalismo Cooperativo e Igualização das Condições Sociais de Vida. In MARTINS, Cristiano Franco (Coord.). Rio de Janeiro: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XIX, 2008, p. 94.

³⁹¹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. MARTINS, Leonardo (Org). Tradução Beatriz Hennig e outros. Montevideo, Uruguay: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 824.

pensar a sociedade como um todo, de tal arte que a riqueza social deve favorecer a todos e não apenas a alguns.

De fato, a teoria contratualista rawlsiana, ao conceber a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, advoga a tese de que cada pessoa deve ser tratada como igual para fins de acesso aos benefícios sociais, o que converge para o ideal político próprio do federalismo cooperativo, que é a adoção de um sistema equilibrado de distribuição de recursos entre as unidades federadas³⁹².

Essa distribuição visa proporcionar meios suficientes ao atendimento das necessidades coletivas, que devem ser satisfeitas pelo sistema de serviços públicos.

Nesse aspecto e como já afirmado antes, pode-se afirmar que a teoria contratual de Rawls é compatível com o perfil do Estado brasileiro, uma vez que se vê moldado constitucionalmente para promover justiça social, como se deduz da leitura de vários dispositivos da Constituição Federal de 1988: Preâmbulo, art. 1º, art. 3º, e III, IV, art. 170, *caput*, dentre outros.

Nesses dispositivos constitucionais, aparecem expressões como “igualdade”, “justiça social”, “sociedade fraterna”, “solidariedade”, dignidade da pessoa humana, “promover o bem de todos”, “desenvolvimento nacional”, “direitos sociais”, “redução de desigualdades sociais e regionais”, “erradicação da pobreza”, “função social da propriedade”, “progresso/inclusão social”, a confirmar a compatibilidade do ideal político do estado federal brasileiro com os postulados da teoria rawlsiana.

Além do mais, a pedra angular do Estado brasileiro radica no dever de se dar dignidade a toda pessoa humana como valor intrínseco e esse dever moral constitui virtude fundamental da teoria de justiça em Rawls.

2.7.4 Federalismo cooperativo e repartição de competência: transferência de recursos como mecanismo para redução de desigualdades sociais e regionais

Em virtude das complexas relações de interdependência entre a União e os entes subnacionais no contexto do Estado Federal, a consecução dos objetivos fundamentais da sociedade, consagrados na Constituição, exige que a Federação articule mecanismos de

³⁹²TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: RT, 2014, p. 260.

cooperação entre as unidades federadas como forma de possibilitar a realização de programas e políticas públicas voltadas ao atingimento dos ideais da comunidade.

Para tanto, estrutura-se um sistema complexo de competências entre as unidades federadas para poder efetivar-se a descentralização das tarefas a cargo do Estado, o que dá mediante emprego de uma combinação de técnicas, em que se combinam as competências privativas, repartidas horizontalmente, com as competências concorrentes, que são repartidas verticalmente, como elucida Fernanda Almeida³⁹³.

Na repartição de competências discriminadas na Constituição Federal de 1988, o federalismo de cooperação manifesta-se por intermédio das competências comuns, as quais estão fundadas em nobres valores jurídicos, como a solidariedade social e a igualdade.

Segundo observa Daury Fabríz, “o federalismo fundado na cooperação baseado em cooperações intergovernamentais tem o escopo de atender com maior propriedade as demandas sociais, por meio da construção de programas e de financiamentos compartilhados.”³⁹⁴

Em razão dos nobres propósitos da cooperação, exige-se que os entes federados atuem em conjunto para se alcançar objetivos comuns, não se admitindo assim que a União realize as tarefas isoladamente, desconsiderando a participação dos demais entes políticos³⁹⁵.

Nesse compasso, serviços públicos essenciais como saúde, assistência pública e saneamento básico e os meios de acesso à educação, devem ser efetivados por meio de políticas públicas planejadas conjuntamente e devem ser executadas em escala nacional, em vista do interesse comum envolvido³⁹⁶.

Na federação brasileira, as competências comuns estão previstas no art. 23, da CF/1988, no qual consta o elenco de matérias em que a competência é comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluindo-se, além das matérias citadas alhures, serviços de proteção às pessoas portadoras de deficiência, políticas públicas de acesso à cultura e à ciência, programas de combate à pobreza, construção de moradias, melhoria das condições habitacionais, dentre outras (incisos II, V, IX, do art. 23, CF/1988).

Em razão dos valores jurídicos que fundamentam a cooperação e dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado em favor de todos, os entes federados devem articular ações e

³⁹³ ALMEIDA, 2013, p. 32.

³⁹⁴ FABRIZ, Daury Cesar. Federalismo, municipalismo e direitos humanos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, out/nov./dez, 2010, v.77, n.4, ano XXVIII, p. 84. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upoad/Materia/1085.pdf> Acesso em 06.mar.2017.

³⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, v.3, n.1, mar. 2012, p. 16. Disponível em:< <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v3i1p13-28>> Acesso em 24.fev.2017.

³⁹⁶ BERCOVICI, 2003, p. 157.

as políticas públicas em conjunto, empreendendo ajuda mútua e distribuição de recursos públicos para se estabeleça condições de equilíbrio nas relações federativas, inclusive de ordem financeira, e as unidades federadas possam oferecer bem-estar aos cidadãos em âmbito nacional, conforme preceitua o *Parágrafo único*, do art. 23, da CF/88³⁹⁷.

Em relação ao tema, Bercovici sustenta que se tornou lugar-comum afirmar-se que a CF/1988 atribui receitas aos entes federados, mas não distribui encargos para Estados e Municípios e que só seria possível resolver o desequilíbrio fiscal gerado pela Constituição Federal mediante uma total reformulação do sistema de competências e da repartição do produto da arrecadação³⁹⁸.

Nesse discurso, sem qualquer consistência empírica e científica, prega-se que as competências federais devem ser transferidas (descentralizadas) para os entes federados subnacionais, o que veio a servir de mote para o Governo Federal reduzir sensivelmente, ao longo do tempo, seu papel da União nas áreas de atuação comum³⁹⁹ e concomitantemente foi transferindo essas tarefas aos Estados e Municípios, sem uma equitativa contrapartida financeira.

Essa prática do governo central obrigou os entes subnacionais a terem que assumir maiores encargos sociais, o que aumentou os gastos com as políticas públicas regionais e locais, a contribuir para gerar desequilíbrios nas contas desses entes políticos.

Em arguta observação, Bercovici sustenta que:

Após a Constituição de 1988, de modo lento, inconstante e descoordenado, os Estados e municípios vêm substituindo a União em várias áreas de atuação (especialmente nas áreas da saúde, educação, habitação e saneamento), ao mesmo tempo em que outras esferas estão sem qualquer atuação governamental graças ao abandono promovido pelo Governo Federal. (...) Essa transferência não planejada e descoordenada de encargos contradiz o lugar-comum do qual os entes federados receberam apenas verbas e não encargos com a nova ordem constitucional.⁴⁰⁰

Esse abandono das políticas sociais por parte do Governo Federal, nos anos precedentes, principalmente nos anos 1990, foi denominado por Maria Hermínia de descentralização por ausência⁴⁰¹. Tal omissão governamental causou grandes transtornos aos Estados e Municípios, nomeadamente os de menor capacidade financeira, como os Estados do

³⁹⁷Constituição Federal de 1988: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...). Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

³⁹⁸BERCOVICI, 2012, p. 18.

³⁹⁹*Ibidem*, 2012, p. 20.

⁴⁰⁰BERCOVICI, 2002, p. 21.

⁴⁰¹ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Federalismo e Políticas Sociais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 28. São Paulo: ANPOCS, jun.1995, p.104-105.

Norte e Nordeste do Brasil e perduram nos dias atuais.

Em matéria jornalística, jornal Valor Econômico, edição de 13.02.2017, noticia-se que as despesas com saúde avançaram em pelo menos 16 Estados nos dois últimos anos. De 2014 a 2016, o percentual de gasto na área aumentou de 12,6% para 13,3%, considerando-se a proporção das despesas total desses entes federados. Ao tempo que a receita corrente líquida subiu 12%, o valor total aplicado em saúde avançou 14,2% em 26 Estados-membros. Em Minas Gerais, os gastos no setor subiram 19,9%, enquanto as receitas subiram 12,8% nos últimos dois anos⁴⁰².

O levantamento aponta, ainda, que, enquanto a parcela de gastos financiados pelos Estados cresceu 25%, o montante repassado pelo Governo Federal aumentou apenas 3,4%, a confirmar a descentralização por ausência, fator que concorre para causar desequilíbrio financeiro nos Estados-membros⁴⁰³.

Em relação à dimensão financeira do federalismo cooperativo brasileiro, há normas expressas na Constituição Federal de 1988 determinando a transferência obrigatória de recursos públicos e sobre a formação de fundos, conforme prescrevem os artigos 157 a 161. Nesse aspecto, as transferências são: (a) as determinadas diretamente pela Constituição e efetivadas após a arrecadação dos recursos; (b) as decorrentes de leis, definidas pela União; (c) as voluntárias, decorrentes de convênios firmados entre os entes federados, como se dá entre no caso do ITR entre União e Municípios⁴⁰⁴.

A cooperação associada ao federalismo, como se cogita nesta seção, recebeu de Enoch Riviera a seguinte consideração:

La cooperacion, em sentido estricto, se diferencia cualitativamente de estas anteriores relaciones, al consistir propriamente em uma toma conjunta de decisiones, em um coejercicio de las competências, y, consiguientemente, em uma correponsabilización de las actuaciones realizadas bajo tal régimen. Uma determinanda función o competência no se realiza ya de forma autónoma y separada por cada instancia (...).⁴⁰⁵

É de se enfatizar, entretanto, que só é possível a descentralização de políticas públicas em áreas como saúde, educação e saneamento, ser for vantajoso para todos os entes federados e, acima de tudo, ao cidadão das diversas regiões do país, e se for acompanhada de uma equilibrada cooperação financeira, como decorrência de uma justa distribuição das

⁴⁰²Brasil: Jornal *Valor Econômico*. Disponível em: <http://www2.valor.com.br/brasil/4866746/crise-faz-saude-ganhar-espaco-no-gasto-dos-estados> Acesso em 02.mar.2017.

⁴⁰³Brasil: *Jornal Valor Econômico*, 2017.

⁴⁰⁴TORRES, 2014, p. 283.

⁴⁰⁵ROVIRA, Enoch Albertí. *Federalismo y Cooperacion em la Republica Federal Alemana*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986, p. 369.

receitas tributárias e patrimoniais⁴⁰⁶.

A distribuição equitativa de receitas no âmbito da Federação, ao tempo em que fortalece as capacidades financeiras de Estados e Municípios para poderem dar conta das demandas sociais, evita desigualdades sociais e regionais.

Por isso, Alfredo Baracho argumenta com muita propriedade que “a repartição dos recursos financeiros e sua utilização, nos dias de hoje, constitui preliminar para a apreciação da autonomia e interdependência política.”⁴⁰⁷

Nesse norte, não apenas a repartição do sistema de competências comuns (administrativas e políticas) e o deslocamento de serviços públicos do ente central para os subnacionais devem ser examinados no federalismo cooperativo contemporâneo, mas é igualmente imprescindível tratar adequadamente das questões relacionadas à repartição equitativa de receitas públicas, como mecanismo para a concretização do federalismo cooperativo em sua dimensão financeira e da verdadeira cidadania no Brasil⁴⁰⁸.

2.8 Federalismo cooperativo e liberdade substantiva no Estado Democrático de Direito

A pergunta que se faz neste tópico é a de saber como a ideia de liberdade dialoga com o princípio do federalismo cooperativo e ainda com o conceito de desenvolvimento humano conforme proposto por Amartya Sen⁴⁰⁹.

Com o fim de responder a inquietação, busca-se saber em que medida uma justa distribuição de recursos públicos contribui para oferecer condições aos cidadãos para poderem exercer de fato a liberdade assegurada constitucionalmente.

Nesse trilhar, perquire-se como o sistema distributivo de recursos financeiros no Estado federal, conectado ao princípio do federalismo financeiro cooperativo pode contribuir para provê seus cidadãos de meios básicos ao exercício da verdadeira liberdade.

Baseado em novos pressupostos teóricos, Amartya Sen reformulou a concepção de liberdade até então muito vinculada ao seu sentido formal, tributária da filosofia política do

⁴⁰⁶BERCOVICI, 2002, p. 22-23.

⁴⁰⁷BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2002, p.49-60, out.dez.1995, p. 52. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46617> Acesso em 04.mar.2017.

⁴⁰⁸FABRIZ, 2010, p.85.

⁴⁰⁹SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

liberalismo clássico e forjada no seio dos ideais da Revolução Francesa do século XVIII⁴¹⁰, dando um enfoque que possibilitou vê a liberdade humana em uma perspectiva substancial e na sua relação com o desenvolvimento humano⁴¹¹.

Na concepção formal, a ideia de liberdade foi construída da perspectiva da tensão entre o homem e o Estado, com base na concepção burguesa de ordem política. Tratava-se da defesa dos ideais da liberdade burguesa contra os ideais do absolutismo do monarca e significava a delimitação de um espaço de não intervenção do Estado na esfera privada (sentido negativo).⁴¹²

Com a vitória dos ideais da burguesia, instaura-se o Estado de Direito⁴¹³ ou Estado Moderno⁴¹⁴, por meio do qual os cidadãos passam a ser vistos como se fossem uma soma de átomos⁴¹⁵ e considerados livres para obtenção de patrimônio (liberdade de ter), bem como portadores de autonomia para dispor de seus bens como bem entendessem (liberdade de disposição), na base do postulado da autonomia da vontade⁴¹⁶.

Nessa quadra de ideias, compete ao Estado de Direito, por meio do direito posto, na trilha do princípio da legalidade⁴¹⁷, “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.”⁴¹⁸⁻⁴¹⁹

⁴¹⁰Cf. Cesar Ramos, a concepção liberal de liberdade é associada basicamente a uma conotação negativa, no sentido de ausência de impedimentos, isto é, ser livre conota a ideia de não sofrer a intromissão de outrem. Nessa perspectiva, ser livre significa “não sofrer a interferência de outrem e fazer tudo aquilo que as leis permitem.” Ainda nessa visão, na relação Estado-cidadão, a liberdade pressupõe um espaço de não ingerência do Estado, de modo a não haver obstáculos para o livre exercício das ações que o indivíduo pretenda realizar. Por essa forma de compreender, existe uma íntima relação entre a liberdade e a lei, pois o instrumental normativo constitui-se em instrumento de proteção da liberdade como direito fundamental. RAMOS, Cesar Augusto. *O modelo liberal e republicano de liberdade: Uma escolha disjuntiva?* Trans/Form/Ação, Marília, v.34. n.1, p.43-66,2011. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v34n1/a04v34n1.pdf>> Acesso em 15.jan.2017.

⁴¹¹SEN, 2010, p. 16

⁴¹²BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 12ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41.

⁴¹³Esse Estado passa a ser colocado como guardião das liberdades individuais.

⁴¹⁴Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Dentre outras características, o Estado Moderno como unidade de dominação se diferencia do Estado absolutista, de índole patrimonial, pela separação entre o Estado e a sociedade civil, ou seja, o Estado se torna uma instituição distinta da sociedade civil, conquanto expressão desta. A segunda característica repousa no fato de que o Estado medieval é propriedade do senhor e é um Estado patrimonial, de forma que o monarca “é dono do território e de tudo que nele se encontra (homens e bens)”, inclusive do solo e das riquezas minerais. Essa a razão porque o rei francês Louis XIV, historicamente conhecido como monarca símbolo máximo do absolutismo, afirmava “*L'état c'est moi*”, no sentido de que ele era o detentor do poder absoluto e de que a figura dele se identificava plenamente no Estado, ou seja, o rei é igual ao Estado. *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8ª ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.40-41.

⁴¹⁵Cf. BOVAVIDES, 2014, p. 42.

⁴¹⁶RAMOS, 2011, p. 47.

⁴¹⁷No contexto do Estado Moderno e com base na legalidade o indivíduo pode fazer tudo que não for proibido em lei.

⁴¹⁸OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.54.

⁴¹⁹Nos albores do Estado Moderno, rompe-se com a anterior concepção de estado pré-moderno, em que a condução da vida dos indivíduos era atribuição estatal.

Entretanto, no momento em que a burguesia revolucionária conquistou o poder político⁴²⁰, entregue pela sociedade na base do discurso da soberania popular, os detentores desse poder não mais se interessam em por em prática os ideais filosóficos revolucionários. O Estado garante a liberdade apenas no plano formal, isto é, nominal, sem interesse em criar as condições para convertê-la em liberdade fática⁴²¹.

A liberdade do Estado de Direito só se estendia às demais classes por uma roupagem formal, sem repercussão na vida real das pessoas. Porém, os agentes do Estado conseguiam manter o domínio do poder político mediante o discurso retórico, pois não havia um esforço no sentido de dotar os cidadãos de condições materiais que lhes possibilitassem exercer a liberdade substancial para, dessa forma, poder influir na formação da vontade do Estado⁴²².

Com efeito, a liberdade que a burguesia defendia na ambiência do Estado Moderno era ilusória, razão porque, paulatinamente, no curso do século XIX, as classes subalternas, na busca por uma ruptura ao formalismo e a instauração de uma nova ordem, passaram a desenvolver mobilizações reivindicando a verdadeira liberdade e a igualdade substancial.

No tocante ao tema, salienta Ingo Salert:

(...) a constatação de que a consagração forma de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um 'direito de participar do bem-estar social'. **Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.**⁴²³ (destaques acrescentados).

É nesse contexto que se instaura a crise entre o Estado de Direito e a sociedade civil, uma vez que as classes subalternas não mais se contentam com a ideia de liberdade abstrata, pois agora o que se postula são prestações sociais estatais, como serviços de saúde pública, educação e trabalho.

Em suma, para a efetivação da liberdade real é imprescindível a superação de

⁴²⁰Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de, no Estado Moderno: o *Poder* se torna uma instituição despersonalizada, incorporada em um titular, o Estado, que se apresenta a serviço de uma ideia ou de um ideal político. Nessa nova configuração, o Poder passa a ser vinculado a uma função, sendo o ente estatal dotado de uma potência, que é a possibilidade de ser obedecido pela autoridade investida de poder para dar ordem. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁴²¹BONAVIDES, 2014, p. 42.

⁴²²*Ibidem*, p. 44.

⁴²³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

deficiências humanas básicas, como a privação alimentar principalmente das pessoas em situação de maior vulnerabilidade no âmbito social, movimentos sociais caminham no sentido de conquistas de condições fáticas que lhes possibilite o exercício da liberdade substancial⁴²⁴.

Para que a liberdade substancial possa ser exercida é necessário que o Estado, concebido a partir da perspectiva da sociedade como sistema equitativo de cooperação social, crie condições objetivas para seus cidadãos exercerem suas capacidades, na esteira do pensamento de Amartya Sen, para quem:

O desenvolvimento tem que estar relacionado sobretudo com a melhora de vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só tornar nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.⁴²⁵

A abordagem do federalismo cooperativo em conexão com a dimensão da liberdade substancial, e esta na perspectiva de Amartya Sen, revela-se de especial importância para o Brasil pelo fato de apresentar profundas e seculares desigualdades sociais e regionais, desafiando a Federação estabelecer melhor redistribuição dos recursos públicos, de modo a melhorar os índices de desenvolvimento humano (IDH) dos cidadãos das regiões mais carentes do país.

Em análise ao Atlas do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M⁴²⁶), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), versão 2013, nota-se a ocorrência no Brasil um injustificável contraste social entre os Municípios, como se no mesmo país figurasse duas federações e não uma como formalmente estabelece a Constituição Federal.

Só para ilustrar, apresenta-se a seguir um quadro em que se mostra a situação dos 10 (dez) primeiros colocados (Quadro 2) e, no quadro seguinte, os 10 piores no *ranking* brasileiro, (Quadro 3) dentre um total de 5.565 unidades federadas:

⁴²⁴Cf. SALERT, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 200, p. 51. Cf. também SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: LTr, 2013.

⁴²⁵SEN, 2010, p. 29.

⁴²⁶De acordo com a escala do PNUD, a variação do IDH-M observa os seguintes valores e classificações: Muito Alto: 0,800 – 1,000; Alto: 0,700 – 0,799; Médio: 0,600 – 0,699; Baixo 0,500 – 0,599; Muito Baixo: 0,000 – 0,499. Disponível em <<http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/consulta>>. Acesso em 15.fev.2017.

Quadro 2 - situação dos 10 (dez) primeiros colocados

Município	IDH-M	IDH-Educação
(1º) São Caetano do Sul (SP)	0,862 (Muito Alto)	-
(2º) Águas de São Pedro (SP)	0,854 (Muito Alto)	-
(3º) Florianópolis (SC)	0,847 (Muito Alto)	0,805
(4º) Vitória (ES)	0,845 (Muito Alto)	0,807
(5º) Balneário Camboriú	0,845 (Muito Alto)	-
(6º) Santos (SP)	0,84	-
(7º) Niterói (RJ)	0,837	-
(8º) Joçaba (SC)	0,827	-
(9º) Brasília (DF)	0,824	-
(10º) Curitiba (PR)	0,799	-

Fonte: Atlas Brasil PNUD

Em contraste ao elenco anterior, demonstra-se, em quadro seguinte, os dez Municípios em piores condições em IDH (IDH Muito baixo)⁴²⁷:

Quadro 3 - 10 piores no *ranking* brasileiro

(5.556º) Itamarati (AM)	0,477	
(5.557º) Cachoeira do Piriá (PA)	0,473	
(5.558º) Bagre (PA)	0,471	
(5.559º) Jordão (AC)	0,469	
(5.560º) Uiramutã (RR)	0,463	
(5.561º) Chaves (PA)	0,453	
(5.562º) Marajá do Sena (MA)	0,452	
(5.563º) Atalaia do Norte (AM)	0,45	
(5.564º) Fernando Falcão (MA)	0,443	
(5.565º) Melgaço (PA)	0,418	

Fonte: Atlas Brasil PNUD

Quando se analise os índices de Educação, constata-se que essa enorme discrepância entre os Municípios brasileiros agrava-se ainda mais.

A título de ilustração, enquanto Santos (SP) e Vitória (ES) apresentam, respectivamente, índice educacional de, considerado muito alto, verifica-se, no outro polo,

⁴²⁷ Cf. PNUD - Atlas Brasil. Disponível em <<http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/consulta>>. Acesso em 15.fev.2017.

que Municípios como Fernando Falcão (MA) e Melgaço (PA) estão em condições educacionais deploráveis, com os seguintes indicadores: 0,262 e 0,207, respectivamente⁴²⁸.

Como é possível o cidadão, em um cenário de pobreza educacional e de privação de serviços públicos básicos, exercitar a verdadeira liberdade? Pode-se esperar que uma pessoa que ficou privada de oportunidade educacional e, em razão dessa privação, não desenvolveu adequadamente suas potencialidades cognitivas, faça escolhas políticas conscientes e razoáveis? Como poderá essa pessoa usufruir de uma vida boa?

Em análise acerca da relação entre o desenvolvimento humano e a expansão das liberdades substanciais, Amartya Sen pontifica que:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destruição social sistêmica, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (...) Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou de morar de modo apropriado, ter acesso a água tratada ou saneamento básico. **Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social** (...) ⁴²⁹. (destaques acrescentados).

A perspectiva do desenvolvimento na interconexão com a ideia de liberdade concentrada na expansão das capacidades humanas é fator fundamental para a afirmação da cidadania ativa e, conseqüentemente, ao fortalecimento da democracia participativa de que fala Paulo Bonavides⁴³⁰, pois somente desse modo o cidadão pode atuar ativamente na esfera pública, posicionando-se como sujeito das decisões e não como mero objeto das políticas públicas ou do processo eleitoral.

Desse modo, uma redistribuição equalizada dos recursos públicos na Federação brasileira, com fundamento na cooperação financeira, constitui medida necessária e urgente para dotar os entes de menor capacidade financeira de meios para financiar serviços públicos essenciais a serem colocados à disposição de qualquer pessoa que deles necessitar.

A despeito de Victor Nunes Leal ter se inspirado em um cenário político, social e econômico de um Brasil de décadas passadas, predominantemente agrário, para escrever *Coronelismo, enxada e voto*⁴³¹, parece que sua obra é muito atual quando se olha a forma como são tratados muitos que vivem no sertão do Nordeste ou nas palafitas às margens dos igarapés do Norte deste país.

⁴²⁸PNUD - Atlas Brasil. *Op. cit.*,

⁴²⁹SEN, 2010, p. 16-17.

⁴³⁰BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴³¹LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Sem desenvolvimento das capacidades das pessoas, que lhes permita o exercício das liberdades políticas e civis (liberdade de agir), não é possível manifestar-se a verdadeira cidadania e a democracia.

Essa a razão porque a mera entrega de benefícios materiais pelo Estado, como o fornecimento de recursos financeiros, a exemplo do Programa Federal denominado Bolsa Família, não é suficiente para a expressão da liberdade, pois mesmo bem alimentado o cidadão pode ficar privado para expandir suas potencialidades, de modo a ficar prejudicada sua liberdade de fazer as melhores escolhas⁴³².

2.9 Federalismo financeiro cooperativo e a experiência do federalismo alemão e australiano

No cenário internacional, a Alemanha pode ser mencionada como caso paradigmático de federalismo cooperativo⁴³³, tendo em vista que se trata de um modelo de arranjo federativo que, fundado na ideia de igualdade federativa, equidade e solidariedade (vertical e horizontal), busca promover a equalização fiscal para fins de oferecer a igualização das condições de vida em âmbito nacional, de forma que todos tenham acesso a um mesmo padrão mínimo de serviços públicos, sem que o cidadão tenha que arcar com uma carga tributária mais elevada que a média dos demais cidadãos⁴³⁴.

Por esse sistema de equalização fiscal, a Federação alemã é orientada no sentido de estabelecer o equilíbrio da capacidade financeira, não apenas entre o Governo central e as unidades federadas subnacionais, como também entre as unidades federadas de mesmo nível. Em razão dessa opção político-jurídica, o sistema de cooperação opera-se tanto no plano vertical, em que o Governo central transfere recursos aos entes subnacionais, quanto no plano horizontal, em que os entes (*Länder*) de maior capacidade financeira⁴³⁵ transferem recursos

⁴³²SEN, 2010, p. 366-373.

⁴³³PRADO, Sérgio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada*. Alemanha, Índia, Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 140.

⁴³⁴REIG, Carlos Padrós. *El modelo Federal Aleman de Relaciones Financieras (Finanzbeziehungen) y Igualización Financiera entre Estados (Länderfinanzausgleich)*. Disponível em http://presidencia.gencat/web/.content/ambits_actuacio/desenvolupament_autogovern/Publicacions/REAF_articulos/REAF-17-abril-2013/-reaf17_padros.pdf Acesso em 04.mar.2017.

⁴³⁵Como exemplos de estados ricos da federação alemã, pode-se citar Baviera, Hamburgo, Hesse, Baden-Wurtemberg e como casos de estados pobres, Bremen, Berlin e Sajonia.

para aqueles considerados pobres do ponto de vista financeiro⁴³⁶.

Trata-se assim de um sistema de partilha de recursos públicos que combina, simultaneamente, forte ênfase na uniformidade de serviços e de tributação com um elevado grau de descentralização de atribuições executivas. Dessa forma, o Estado federal alemão demonstra que trata com igualdade todos os seus cidadãos, tanto na faceta da prestação dos serviços públicos, quanto na questão da carga tributária suportada pelos nacionais daquele país.

É por essa razão que Markus Heintzen argumenta que a Alemanha é um Estado de perfil social, em que prevalece a “fidelidade estatal”, sendo um dos principais escopos do Governo Federal a garantia das condições de vida equivalente ou até mesmo igualitárias para todos os residentes naquele país. Daí que, para o citado jurista, “o federalismo, no sistema constitucional alemão, mais que uma forma de estado, é dialeticamente encarado como um poderoso mecanismo de equalização social e aprimoramento de sua função econômica”⁴³⁷.

Ainda na arguta observação do professor Markus Heintzen, o compromisso do Estado federal para com todos “significa verdadeiramente um mútuo dever existente com fins de formação de uma comunidade solidária, na qual coexiste a autonomia de cada ente, mas que a insolvência de um dos membros é excluída pelos outros.”⁴³⁸

Vale destacar que, apesar do caráter fortemente cooperativo do arranjo fiscal alemão, o sistema de transferências de recursos não busca alcançar uma igualdade absoluta entre as unidades federadas, mas uma aproximação razoável, de forma a não haver disparidades financeiras acentuadas entre os entes políticos e entre os cidadãos⁴³⁹.

Nesse sentido, Carlos Reig comenta que o federalismo cooperativo alemão tem, como pressuposto, estabelecer um máximo de transferências solidárias, mas sem que se alterem as posições de partida dos estados. Assim, os sistemas de distribuição compensatória não permitem que os estados pobres recebam recursos que lhes possibilitem ultrapassar os estados doadores de receitas. Em virtude disso, os estados pobres não podem superar, depois da compensação, a média de 95% da renda, no contexto do resultado global⁴⁴⁰.

No âmbito do Direito Comparado, é interessante ressaltar ainda que a Austrália adota um sistema de equalização financeira similar ao da Alemanha, por sinal mais avançado,

⁴³⁶ PRADO, 2006, p. 140-142.

⁴³⁷ HEINTZEN, Markus. A distribuição das verbas públicas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios na República Federal da Alemanha. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado*. Coleção Federalismo e Federação, v. 2. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 447.

⁴³⁸ HEINTZEN, 2015, P. 448.

⁴³⁹ REIG, p. 21.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, 21.

em que também procura equilibrar a capacidade financeira e as necessidades de gastos com serviços públicos. Nesse norte, a preocupação central é a de fornecer aos seus cidadãos serviços em nível equivalente à média do nível nacional, levando em conta as diferenças regionais de custos e outros fatores relevantes, como o perfil demográfico da província, a população e as características geográficas⁴⁴¹.

Como se demonstra, só se pode reputar que o Estado federal confere igual valor a seus cidadãos (igual cidadania) quando procura equalizar a capacidade financeira dos entes federados com a utilização de mecanismo de redistribuição vertical e horizontal de recursos públicos, com o propósito de prestar serviços públicos em nível equivalente em todo o território nacional.

Dúvidas não há de que a adoção de mecanismos de distribuição equitativa de recursos entre os entes federados evita a ocorrência de indesejadas e injustas acentuadas disparidades sociais e regionais, como ocorre no Brasil, em que se constata quase uma espécie de federalismo simbólico, para usar a expressão de Marcelo Neves⁴⁴², em razão das gritantes disparidades socioeconômicas existentes no país, verificáveis pelos indicadores sociais demonstrados alhures.

Para se superar a condição desse “federalismo simbólico” é mister que o Estado brasileiro considere de fato a liberdade e a igualdade como valores intrínsecos de cada cidadão⁴⁴³, em que todos gozem de dignidade humana igual e de direitos iguais, independentemente da condição social, de fatores religiosos, de ser católico ou luterano, judeu ou cristão, branco, preto, homem ou mulher, urbano ou ribeirinho, graduado, pós-graduado ou desprovido de formação escolar⁴⁴⁴.

Conforme já anunciado linhas precedentes, a postura teórica assumida nesta tese não se coaduna com a ideia de um conceito engessado do federalismo, tendo em vista que é um fenômeno político-jurídico dinâmico, em constante mudança, que assume contornos conforme cada sociedade onde se implanta; sofre variações no modo como se dá a distribuição das parcelas de competências tributárias e financeiras e, acima de tudo, o ideal político objetivada pelo Estado⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ TER-MINASSIAN, Teresa. *Reforma do Fundo de Participação dos Estados*. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, 2012. p. 11. Disponível em <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/36742423.pdf>. Acesso em 04.mar.2017.

⁴⁴² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.

⁴⁴³ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 97-99.

⁴⁴⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Tradução do original alemão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 454.

⁴⁴⁵ O federalismo é um conceito que exige fundamentação de ordem filosófica e moral, articulando-se com determinados valores políticos e morais prestigiados pela sociedade. Trata-se de um conceito que intercala

Nessas condições, assume-se a postura metodológica de que o federalismo é um fenômeno percebido simultaneamente pelo viés político e pelo normativo, tratando-se assim de uma categoria que enseja uma interpretação⁴⁴⁶ e uma reflexão sob a perspectiva filosófica⁴⁴⁷ segundo o contexto histórico-constitucional onde analisado⁴⁴⁸.

Com razão Thomas Fleiner-Gerster quando aduz que a teoria tem se esquecido de que “o Estado, em última instância, está à serviço de homens⁴⁴⁹”. Em contrapartida, nas tarefas que competem ao Estado, percebe-se claramente o que o indivíduo pode esperar dele.

contribuição do Direito, da Ciência Política e da Filosofia Política.

⁴⁴⁶BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11.

⁴⁴⁷Na abordagem do federalismo de cooperação, insere-se contribuições de John Rawls e Ronald Dworkin pelo fato de que ambos os teóricos tratam da Liberdade e da igualdade, enquanto valores vinculados ao tema justiça distributiva, os quais se conectam com os estudos ora desenvolvidos, iniciado desde o capítulo primeiro desta pesquisa.

⁴⁴⁸Reflexão extraída a partir de aportes teóricos de Ronaldo Macedo Junior. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17-27.

⁴⁴⁹FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 580.

3 REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE DO PETRÓLEO

3.1 Considerações iniciais

Em linhas gerais, pretende-se neste capítulo abordar de que forma o direito de propriedade do petróleo veio a ser estabelecido no contexto internacional, enquanto direito dos Estados componentes da Sociedade Internacional até chegar ao plano da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88).

Nesse passo, intenta-se demonstrar que a Sociedade Internacional, rompendo com a ótica privatista quanto ao direito de propriedade dos recursos naturais, ante as vozes que clamavam por mudança, veio a reconhecer o princípio da soberania permanente dos países sobre os recursos naturais situados em sua extensão territorial, inclusive em alto-mar, como é o caso do petróleo existente em subsolo oceânico dos Estados.

Avançando o estudo, interpretam-se dispositivos constitucionais (CF/88) para o fim de determinar a quem pertence o petróleo do pré-sal e suas implicações no que concerne à partilha dos royalties petrolíferos.

Para além desse aspecto, visa-se fixar que as riquezas naturais, sobretudo, o petróleo deve ser explorado para promover o desenvolvimento humano, fazendo-se uma conexão primeira entre o direito de propriedade do petróleo, a função social dessa propriedade e a dimensão dos direitos humanos, ou seja, busca-se demonstrar de que modo a propriedade dos recursos petrolíferos podem estar a serviço do desenvolvimento do povo brasileiro.

3.2 Primeiro passo: o que é o petróleo?

Antes de se identificar a quem pertence a propriedade do petróleo no Brasil, é oportuno compreender, em rápida passagem, o sentido do termo petróleo para situar esse bem como objeto *mediato* da relação jurídica⁴⁵⁰, considerando ser suscetível de avaliação

⁴⁵⁰Na precisa lição de Maria Helena Diniz, a norma jurídica contém um objeto *imediato*, relacionado com a *prestação* devida pelo sujeito passivo, de sorte que há um poder do sujeito ativo incidente sobre um objeto imediato, consistente numa permissão jurídica de exigir daquele o cumprimento de uma obrigação no modal de

econômica e de se submeter ao domínio da pessoa para fins de negócio jurídico ou outros propósitos prestigiados pelo Direito.

De início cumpre assinalar que o petróleo constitui-se em um bem que satisfaz uma importante necessidade humana no contexto das relações econômicas contemporâneas, visto que é utilizado como fonte estratégica de energia nas contemporâneas economias do planeta, tratando-se de um bem encontrado na natureza, caracterizando-se assim como um recurso natural não renovável (RNN).

Etimologicamente, a palavra petróleo advém do latim, englobando dois termos, quais sejam *petra* (pedra) e *oleum* (óleo).

Com base em Williams e Meyers, complementado pela observação da *Society of Petroleum Engineers* (SPE), pode-se aduzir que petróleo vem a ser o nome genérico que se dá para compostos de hidrocarbonetos combustíveis encontrados na natureza, em estado líquido, gasoso ou sólido⁴⁵¹.

No olhar da Engenharia de Petróleo e da Geologia da UNICAMP, o petróleo é uma “substância oleosa, inflamável, com cheiro característico e em geral, menos denso que a água e cor variando entre o negro e o castanho escuro”, de origem orgânica, resultante da combinação de moléculas de carbono e hidrogênio⁴⁵².

Embora gerado na rocha, a substância petrolífera lá não permanece, pois se desloca até encontrar terreno apropriado para se concentrar, designando-se esses locais de *bacias sedimentares*, que são formadas por camadas ou lençóis porosos de areia, arenitos ou calcários. Esses ambientes onde se aloja o petróleo formam-se as jazidas, sendo que nelas acumulam-se o gás natural (parte mais alta) e o petróleo, na mais baixa⁴⁵³.

Até que chegue ao ponto de comercialização, o petróleo passa por diversas fases, indo da *exploração*, que é o ponto de partida, consistente em estudos preliminares para localização de uma jazida; seguida pela *perfuração* (segunda fase) que ocorre em locais previamente identificados pelas pesquisas Geológicas e Geofísicas; constatando-se haver

dar, fazer ou não fazer; esse poder recai também sobre um objeto *mediato*, isto é, o bem móvel, imóvel ou semovente, sobre o qual recai o direito, devido à permissão conferida pela norma jurídica de ter uma coisa com sua. Trazendo à bailia lição de Orlando Gomes, a referida jurista assegura que para ser objeto de direito a coisa (bem) precisa reunir alguns requisitos, quais sejam: economicidade, permutabilidade e limitabilidade, ou seja, a coisa precisa ser submetido ao domínio da pessoa, suscetível de dimensão econômica, sendo seu uso e quantidade limitados. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 534-536.

⁴⁵¹MEYERS, Charles J; WILLIAMS, Howard R. *Oil and Gas Law*. Lexis Nexis. 2008, p. 3.

⁴⁵²Site do Departamento de Engenharia de Petróleo da UNICAMP. *O que é o petróleo?* Disponível em <http://www.dep.fem.unicamp.br/drupal/?q=node/27>. Acesso em 20.out.2016.

⁴⁵³ Site do Departamento de Engenharia de Petróleo da UNICAMP. *O que é o petróleo?*

viabilidade econômica da jazida, chega-se à fase de *produção*; e, por fim, atinge-se a fase do *refino*, em que o petróleo se submete a um complexo processo de transformação e de separação de suas frações para obtenção de seus derivados⁴⁵⁴.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 177, inciso I⁴⁵⁵, reforçado pela legislação ordinária brasileira (Art. 6º da Lei nº 9.478/1997⁴⁵⁶), o petróleo e o gás natural são considerados espécies de hidrocarbonetos, ficando evidenciado que se adota uma definição mais restrita para o termo, diferentemente de outros países que adotam a terminologia hidrocarbonetos, como é o caso do Canadá⁴⁵⁷.

Ao regular a propriedade do petróleo no art. 20 da CF/1988, o legislador constituinte empregou a expressão recursos minerais, sem fazer referência ao petróleo, empregando, no inciso IX do referido dispositivo, as seguintes expressões linguísticas: “**Art. 20.** São bens da União: [...]. IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

Diante disso, verifica-se que o legislador incorreu em impropriedade ou imprecisão terminológica, o que poderia dar azo ao argumento de que a Constituição Federal de 1988 deixou de regular a propriedade do petróleo existente no subsolo brasileiro, considerando-se que petróleo não é recurso mineral, mas sim um hidrocarboneto, constituído por um composto orgânico, conforme demonstrado em linhas pretéritas. Mas esse argumento, baseado em interpretação puramente gramatical, queda-se diante de outras interpretações que dão melhor sentido ao texto normativo⁴⁵⁸.

Assim é que, essa possibilidade interpretativa - puramente gramatical - foi superada pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Carlos Brito, na ADI nº 3273-9/DF⁴⁵⁹, expresso da seguinte forma:

⁴⁵⁴Site do Departamento de Engenharia de Petróleo da UNICAMP. *O que é o petróleo? Op. cit.*,

⁴⁵⁵CF/88. **Art. 177.** Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

⁴⁵⁶Lei 9.478/1997. Art. 6º. “Para fins desta Lei e de sua regulamentação ficam estabelecidas as seguintes definições: I – Petróleo: todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado; II – Gás Natural ou Gás: todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros;”

⁴⁵⁷Conforme <http://hydrocarbures.gouv.qc.ca/documents/etudes/GECN03.pdf>. Acesso em 20.Out.2016.

⁴⁵⁸No que tange à interpretação, CANOTILHO sustenta não haver identidade entre o texto e a norma, porquanto o texto normativo é o “sinal linguístico”; ao passo que a norma é o que se revela ou designa. CANOTILHO. J.J Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 219. No mesmo sentido, GRAU, Eros aduz com propriedade que as normas resultam do processo interpretativo e que as disposições ou enunciados só assumem significados mediante o trabalho do intérprete que lhes atribui sentido. Assim, o texto normativo não é a norma. Não contém imediatamente a norma como expressa Grau, posto que esta é construída pelo intérprete. GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33-39.

⁴⁵⁹Essa informação foi colhida de Andressa Guimarães Torquato Fernandes, em tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da USP, em 2013, sob o título Direito Financeiro aplicável ao petróleo, Banco de teses da FDUSP.

A Carta-cidadã, fiel à proposição kelseniana de que o Direito constrói suas próprias realidades, optou por ignorar as discussões geológicas e geofísicas sobre distinção entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos (que seriam substâncias orgânicas) e os recursos naturais propriamente ditos. Isto para fazer destes últimos (recursos minerais) o gênero no qual os dois primeiros recursos naturais se encartariam. As duas tipologias fundindo-se, a princípio, numa única realidade normativa ou figura de Direito, sob o nome abrangente de recursos naturais.

Com efeito, o posicionamento adotado pelo STF afasta o argumento de que o petróleo não teria sido abrangido pelo regime jurídico público que trata dos bens pertencentes ao Estado brasileiro, o que possibilitaria sua apropriação privada. Ao contrário disso, o petróleo constitui bem da União, subordinando-se ao regime público.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo), ao tratar da política energética nacional e das atividades relativas ao monopólio do petróleo, faz expressa referência a esse importante recurso natural, utilizando o signo linguístico “petróleo”, compreendido como hidrocarboneto, consoante prescreve o art. 3º do citado diploma normativo.

3.3 O petróleo como bem econômico no contexto da atividade econômica

3.3.1 O petróleo como bem econômico

Em sentido amplo, entende-se por “bem” como tudo aquilo que é capaz de satisfazer a uma necessidade humana⁴⁶⁰.

Pondera Fábio Nusdeo no sentido de que o conteúdo da necessidade não é objeto de julgamento pela Economia como ciência, de vez que, para esta, desde que as necessidades sejam manifestadas na sociedade, devem ser levadas em conta na medida em que provocam a movimentação de recursos para sua satisfação⁴⁶¹.

Por seu turno, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁶², examinado o conceito de bem em perspectiva jurídica restringe sua amplitude, considerando somente aqueles que servem para satisfazer as necessidades humanas lícitas ou legítimas, ficando de fora assim os

⁴⁶⁰BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 6.

⁴⁶¹NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: Introdução ao Direito econômico*. São Paulo: RT, 1997, p. 35.

⁴⁶²MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 450.

que atendem necessidades ilícitas ou reprováveis pela sociedade, como a necessidade por drogas ou pornografia, dentre outras.

Certamente que essa divergência em relação às necessidades humanas, dá-se em razão dos planos de abordagem, posto que Nusdeo vale-se de uma perspectiva da ciência econômica, situada no plano do ser, não tendo preocupação com a dimensão valorativa própria do Direito, ao passo que Oswaldo A. Bandeira de Mello faz sua análise sob o prisma jurídico, o que envolve considerações conectadas com a dimensão axiológica, isto é, vinculadas aos valores políticos prestigiados pela sociedade por meio de sua constituição política.

Considerando que o termo *bem* compreende uma categoria bastante ampla, englobando tanto os bens livres⁴⁶³ como os econômicos, interessa aqui tratar na perspectiva econômica, isto é, o *bem econômico* que é entendido como aquele que é dotado de utilidade (capacidade de suprir ou atender a uma necessidade) e cujo suprimento revela-se escasso⁴⁶⁴ na sociedade. Em resumo, o que caracteriza o bem econômico são dois atributos, a utilidade e a escassez.

Maria Helena Diniz, por seu turno, assevera que os bens são coisas materiais e imateriais que possuem valor econômico e que em razão disso podem ser objeto de uma relação jurídica⁴⁶⁵.

Importa salientar ainda que a indústria do petróleo ganhou força após a Primeira Guerra Mundial, assumindo posição estratégica na economia mundial, de tal modo que o produto passou a ser fator determinante nas relações de poder entre os países⁴⁶⁶.

Em abordagem acerca do tema, Luciana Braga relata que a Indústria do Petróleo na Eurásia ocorreu no ano de 1844, com a perfuração de um poço mecânico em Baku⁴⁶⁷, hoje capital da república do Azerbaijão, que era colônia russa à época, divergindo assim de alguns autores que apontam o ano de 1859, na Pensilvânia, EUA⁴⁶⁸ como o da primeira perfuração na era moderna.

Como bem econômico, o petróleo é comercializado no mercado internacional como *commodities*⁴⁶⁹ (termo inglês, plural de *commodity*, que significa mercadoria, enquanto

⁴⁶³ Cf. Luiz Carlos de Almeida, consideram-se livres os bens que são encontrados na natureza de modo ilimitado em relação às necessidades humanas, tais como a luz solar, o ar que respiramos. ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁴⁶⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: Introdução ao Direito econômico*. São Paulo: RT, 1997, p. 34-35.

⁴⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 365.

⁴⁶⁶ RIBEIRO, 2014, *Op. cit.*,

⁴⁶⁷ Cf. BRAGA, 2014, Baku localiza-se na costa ocidental do Mar Cáspio.

⁴⁶⁸ BRAGA, 2014, *Op. cit.*, p. 40.

⁴⁶⁹ No mercado internacional existem basicamente quatro espécies de *commodities*, sendo elas as agrícolas (café,

componente essencial para fabricação de bens de consumo), cujo do preço do barril⁴⁷⁰ (óleo cru) é influenciado por uma gama de fatores, destacando-se, entre outros, a demanda mundial pelo produto e os fatores da esfera geopolítica conduzida pelos países produtores, entre os quais os árabes, além das expectativas dos agentes investidores quanto ao comportamento dos preços nos mercados financeiros⁴⁷¹.

Noticia-se que a primeira exportação de petróleo deu-se em 1861 pelos Estados Unidos da América para a Inglaterra, que enviou 900 (novecentos) barris de querosene da Filadélfia para Londres, por meio da embarcação Elizabeth Whatts. As exportações americanas continuaram a crescer a partir desse marco, de tal sorte que em 1864 já exportavam 25% de sua produção de querosene⁴⁷².

No curso da história mais recente, a exploração de reservas petrolíferas existentes no planeta tem sido cada vez mais crescente, acentuando-se sua importância estratégica como objeto de atividades econômicas empresariais privadas ou estatais.

Embalado pelo nacionalismo predominante, a exploração do petróleo no Brasil como atividade econômica tem origem com a criação da estatal Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás), empresa de economia mista⁴⁷³, que foi constituída por meio da Lei 2004, de 03.10.1953, em virtude da qual o Estado brasileiro passou a explorar esse recurso natural em regime de monopólio.

Convém anotar que o monopólio da atividade petrolífera pelo Estado brasileiro já contava com o suporte jurídico da Constituição de 1946⁴⁷⁴, pois seu art. 146 admitia essa possibilidade ao prescrever: “Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”

Com a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, que introduziu o §

soja, milho, grãos de cacau, trigo, suco de laranja), as *commodities* minerais (ouro, prata, ferro, alumínio, cobre, petróleo e *etc.*), as financeiras e as ambientais, estas relacionadas a serviços socioambientais, sendo mercadorias originadas de recursos naturais em condições sustentáveis, conforme Amyra El Khalili. In: *Commodities ambientais: novo modelo econômico para a América Latina e Caribe*. São Paulo: Nova consciência, 2009.

⁴⁷⁰A Agência Internacional de Energia (*International Energy Agency*. IEA, na sigla em Inglês) possui um indicador que tenta mensurar o custo global do petróleo (*global oil burden*).

⁴⁷¹Boletim Anual de preços de petróleo, gás natural e combustível nos mercados nacional e internacional. Disponível em www.anp.gov.br/?dw=59757. Acesso em 21.out.2016.

⁴⁷²BRAGA, Luciana Palmeira. *Pré-sal: Individualização da produção e contratos internacionais de petróleo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

⁴⁷³A PETROBRÁS, portanto, foi constituída como sociedade composta de capitais públicos e privada, mediante o controle acionário da União.

⁴⁷⁴Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003, p. 344.

1º no texto da Constituição⁴⁷⁵, configurou-se a quebra do monopólio da Petrobrás para explorar as atividades petrolíferas, mantendo-se, entretanto, o monopólio da União sobre as reservas de petróleo, que pode explorá-las diretamente ou por intermédio de concessões a empresas estatais ou privadas, inclusive de capital estrangeiro.

Acerca da matéria, assinala Gilberto Bercovici que essa medida, assim como as que resultaram na privatização de empresas estatais, a exemplo das siderúrgicas, fazem parte de um plano mais amplo, conduzidos por uma política neoliberal ortodoxa, deliberada no chamado “Consenso de Washington”, que defende a ideia de redução do papel do Estado na economia e na área social (esvaziamento das funções do Estado). Esse processo reducionista estatal teve sua execução a partir dos governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher⁴⁷⁶.

Após a aprovação da E.C nº 9/1995, o governo brasileiro criou a Agência Nacional do Petróleo⁴⁷⁷ – ANP – que passou a ser a responsável pela gestão do monopólio da União. É nesse contexto que foi editada a Lei nº 9478/1997, promovendo-se a “privatização parcial” da Petrobrás, mediante a venda de 180 milhões de ações da União, fazendo com que a participação desta caísse de 82% para 51% do total das ações com direito a voto⁴⁷⁸.

3.3.2 O petróleo como riqueza que “só dá uma safra”: a rigidez locacional e suas implicações

Uma das características do petróleo como recurso natural não renovável repousa no fato de que é exaurível, ainda que sua exploração ocorra de modo racional, sendo que essa exaustão pode ser considerada não apenas do ponto de vista físico (esgotamento das reservas em vista da exploração no curso do tempo), mas também em razão da inviabilidade econômica constatada no decurso de sua exploração.

Neste quesito - o fato de ser exaurível – costuma aduzir, em linguagem popular, que o petróleo “só dá uma safra” ou em relação aos recursos naturais não renováveis de modo geral, afirma-se que o “minério não dá duas safras.” Assim, evidente que se pode ter várias

⁴⁷⁵ Com a Emenda Constitucional, o texto do § 1º, do art. 177 da CF/88 ficou expresso do seguinte modo: § 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.

⁴⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quatier Latin, 2011, p. 237-238.

⁴⁷⁷ Pela Lei 11.097/2005, a Agência Nacional do Petróleo foi renomeada de Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

⁴⁷⁸ BERCOVICI, *Op. cit.*, p. 254.

safras de milho, de soja, de arroz, de açaí, de cupuaçu, mas o mesmo não se pode afirmar quanto ao petróleo e ao minério.

O petróleo como bem encontrado na natureza em quantidade limitada (recurso natural não renovável), capaz de satisfazer necessidades humanas, dado seu valor como fonte de energia, após ser submetido ao processo industrial, é considerado um bem econômico, cujo preço do barril sofre variação no mercado internacional, conforme política econômica global.

Como fonte de energia em larga escala industrial, o petróleo⁴⁷⁹ foi descoberto em meados do século XX⁴⁸⁰, tornando-se um dos principais, senão o mais importante, bem econômico a impulsionar o desenvolvimento econômico nos tempos modernos, embora se tenha notícias de sua utilização por povos antigos⁴⁸¹, mas sem o proveito comercial que se tem hodiernamente⁴⁸².

Entre os fatores que podem influenciar no preço do petróleo no mercado, encontram-se a descoberta de novas fontes de energia, a escassez ou ainda o aumento da produção desse bem econômico, em vista de novas descobertas de reservatórios, associada ao emprego de novas tecnologias, como vem ocorrendo com a *camada do pré-sal*⁴⁸³, em que se usa alta tecnologia para exploração de reservas existentes na costa oceânica brasileira a uma profundidade entre cinco a sete mil metros.

Atualmente a matriz energética mundial está baseada, fundamentalmente, no petróleo, que conta com pouco mais de cem anos de exploração. Entretanto, já há debates e

⁴⁷⁹Notícia Daniel Yergin que no começo das pesquisas petrolíferas (meados do século XX) o petróleo era chamado de “óleo de pedra”, nome que o distinguia dos óleos vegetais e das gorduras vegetais. Nesse tempo, o óleo borbulhava nos mananciais das isoladas colinas a noroeste da Pensilvânia. YERGIN, Daniel. *O petróleo: Uma história mundial de conquistas, dinheiro e poder*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

⁴⁸⁰Segundo Marilda de Sá Ribeiro, a perfuração bem-sucedida do primeiro poço petrolífero deu-se em 1859, em Titusville, Estado da Pensilvânia, Estados Unidos da América. Ainda de acordo com a autora, o uso inicial do petróleo baseava-se no refino para produção de querosene destinado à iluminação. Posteriormente, com o incremento da indústria automobilística, houve necessidade de se aumentar a produção, criando-se outro derivado, a gasolina. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 1.

⁴⁸¹ Segundo Luciana Braga, a utilização do petróleo pelo homem é milenar. Informa a autora que há referências bíblicas revelando que povos antigos usavam petróleo para calafetar navios de madeira. Em Êxodo 2.3 relata que a mãe de Moisés usou betume e pinche para calafetar o cesto de junco usado para salvar a criança nas águas do Nilo. Os anciãos da Babilônia usavam como argamassa na construção de muralhas. Já o povo egípcio empregava na pavimentação de estradas, na construção das pirâmides e para embalsamar os mortos. Notícia-se também que os romanos usavam para propósitos bélicos. Na América pré-colombiana, os índios usavam petróleo para impermeabilizar e decorar potes de cerâmica, assim como os incas e maias empregavam esse produto em diversos fins. BRAGA, Luciana Palmeira. *Pré-sal: Individualização da produção e contratos internacionais de petróleo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

⁴⁸²RIBEIRO, 2014, p. 1.

⁴⁸³ A camada do pré-sal é um gigantesco reservatório de petróleo e gás natural, localizados a 5 a 7 mil metros abaixo do nível do mar (faixa do subsolo oceânico brasileiro), ficando abaixo de uma espessa camada de sal. Instituto UNIEMP. *Tecnologia nacional para extrair petróleo e gás do pré-sal*. Disponível em http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-4395201000010001&/ng=pt Acesso em 22.out.2016.

pesquisas avançadas buscando novas fontes de energia com vistas a substituir a fonte petrolífera.

Nessa corrida, a comunidade internacional busca adotar uma matriz energética limpa para o planeta, a exemplo da energia solar, da hidráulica e da eólica, tendo em vista o aumento do consumo dos derivados de petróleo como combustível de automóveis está relacionado à crescente emissão de poluentes, os quais causam dois sérios problemas ambientais: i) contribui para o efeito estufa, ao emitir dióxido de carbono (CO₂); e ii) contribui para problemas de saúde pública, na medida em que, poluindo o ar atmosférico com gases tóxicos, causa problemas respiratórios e cancerígenos.

3.3.3 Exploração de petróleo e suas armadilhas: bênção ou maldição?

Neste passo cabe perguntar se a atividade petrolífera constitui uma dádiva ou, ao revés, seria uma atividade econômica nefasta (maldição) ao país produtor?

A abordagem deste tópico relaciona-se ao que se conhece como “estudo da maldição dos recursos naturais” (*resource curse thesis*) e ainda de doença holandesa (*Dutch disease*), em que se afirma que a abundância dos recursos naturais não renováveis, como é o caso do petróleo, quando não explorado adequadamente pode representar uma armadilha e comprometer as expectativas de desenvolvimento da região onde essa riqueza está localizada⁴⁸⁴.

Por conta desse fenômeno, convencionou-se designar de *maldição dos recursos naturais* aos efeitos econômicos deletérios que a exploração desses recursos, nomeadamente o petróleo e os minérios, podem causar à sociedade e ao meio ambiente.

Pode-se citar como exemplo mais recente a Venezuela, que experimentou um *boom* econômico nos anos 1970, dado o preço alto das *commodities* do petróleo, em que arrecadou em cinco anos quase 150% (cento e cinquenta por cento) do arrecadado nos 57 anos anteriores⁴⁸⁵. Já agora o país vive período de grave crise econômica, em virtude da má governança dos recursos auferidos e do baixo preço do barril atualmente.

Mas a pergunta é: há mesmo uma espécie de maldição na exploração dos recursos

⁴⁸⁴ENRIQUEZ, Maria Amélia. *Mineração: Maldição ou Dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*. São Paulo: Signus, 2008, p. 92.

⁴⁸⁵KARL, Terry Lynn. *The paradox of plenty: Oil booms and petro-states*. Berkeley: University of California Press, 1997, p. 116.

naturais não renováveis?

Pode-se dizer que depende. Decerto que a exploração do petróleo, assim como de minérios como ferro, ouro, alumínio, cobre, manganês⁴⁸⁶ e tantos outros, pode representar uma oportunidade efetiva de transformação da realidade socioeconômica de uma sociedade, com elevação de indicadores de desenvolvimento humano. Mas se as receitas não forem administradas com prudência e segundo um adequado marco jurídico que se traduza em justiça social e econômica, tudo resultará em frustrações.

Estudiosos do assunto, como Stephen Lewis, sustentam que países cujas economias são baseadas em recursos minerais ou petrolíferos apresentam indicadores econômicos problemáticos, caracterizados por má distribuição de renda, pouca diversidade econômica, mercado de trabalho monopsônico⁴⁸⁷, exportações fincadas essencialmente em produtos primários, dificuldade de desempenhos de outras atividades lucrativas, o que prejudica o desenvolvimento econômico sustentável, ainda mais que, após a exaustão das jazidas minerárias ou dos poços petrolíferos, instala-se um cenário negativo, desfavorável ao desenvolvimento econômico⁴⁸⁸.

Dentro desse contexto, insere-se também o fenômeno denominado de “doença holandesa” (*dutch disease*), que se baseia na experiência de produção de gás natural da Holanda no Mar do Norte, na década de 1970, que se caracterizou pela coexistência de um setor econômico dinâmico (exploração de gás natural) com a existência de outras atividades econômicas pouco rentáveis ou induzidas por incentivos fiscais, o que gera efeitos nefastos na economia⁴⁸⁹.

Mas, retorna-se à indagação: esses efeitos negativos são inevitáveis?

Ao se basear em ensino de Richard Auty⁴⁹⁰, Alexandre Silveira é enfático ao afirmar que não há uma relação determinista entre mineração/petróleo e efeitos negativos na economia do país, sustentado não se tratar de um resultado inevitável, podendo ser superado

⁴⁸⁶No Amapá, município de Serra do Navio, o manganês foi explorado por quase 50 (cinquenta) anos pela empresa ICOMI (Indústria e Comércio de Manganês), sendo considerado o primeiro empreendimento de mineração de grande porte nos domínios da floresta Amazônica. A exploração começou nos idos dos anos 50 e encerrou-se em 1998. Hoje a cidade de Serra do Navio está em situação precária como lugar abandonado. CHAGAS, Marco Antônio. *Amapá: A mineração e o discurso da sustentabilidade: de Augusto Antunes a Eike Batista*. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

⁴⁸⁷ Trata-se de um fenômeno em que uma grande empresa é responsável direta ou indiretamente (por intermédio de outras empresas menores contratadas) pela absorção da força de trabalho e também pela captação de recursos para financiar desenvolvimento industrial em outras regiões do país. Cf. ENRIQUEZ, 2008, p. 93.

⁴⁸⁸ Cf. dá notícia ENRIQUEZ, *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁸⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Doença holandesa e sua neutralização: uma abordagem ricardiana. In BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos (Org.). *Doença holandesa e indústria*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p.144-145.

⁴⁹⁰ AUTY, Richard M. Natural resources, capital accumulation and the resource curse. *Ecological Economics*, 2007, n.61, p. 630.

tranquilamente com adequadas políticas públicas e outras medidas governamentais, como a diversificação das atividades econômicas a criação de fundos financeiros para reinvestimentos⁴⁹¹.

Com efeito, a adoção das medidas necessárias ao setor minerário ou petrolífero torna possível escapar da maldição, de modo a minorar os efeitos negativos, podendo-se, melhor ainda, converter essas atividades em bênção para a sociedade e o país, como são exemplos Botsuana, Chile, Indonésia e Malásia⁴⁹².

Demonstrando preocupação com essa problemática, argumenta Rawls que:

Cada geração deve, além preservar os ganhos em cultura e civilização e manter intactas as instituições justas que forem estabelecidas, também poupar a cada período de tempo um montante adequado de capital real. Essa poupança pode assumir várias formas, do investimento líquido em máquinas e outros meios de produção ao investimento em escolarização e na educação⁴⁹³.

Nessa passagem, verifica-se expressa referência do filósofo quanto ao investimento dos recursos obtidos na economia em setores estratégicos, inclusive em educação como forma de garantir desenvolvimento humano e a sustentabilidade das gerações presentes e futuras.

Seguindo a mesma trilha de entendimento, pontua Gilberto Bercovici:

O desafio é salvar e reinvestir uma parte considerável das rendas minerais para compensar a futura perda pela exaustão das reservas minerais. A transformação de um recurso não-renovável se dá pelo investimento, doméstico ou no exterior, das rendas obtidas da extração mineral ou petrolífera de modo a aumentar a capacidade produtiva e elevar os padrões de vida da geração atual, assim como das futuras gerações⁴⁹⁴.

O Estado pode, portanto, utilizar diversos mecanismos para evitar as repercussões negativas na economia (maldição) em razão da inevitável exaustão dos recursos petrolíferos, pois um recurso não renovável pode, perfeitamente, transformar-se em benefício perene, ou seja, numa dádiva para a melhoria das condições de vida de todos de forma elástica, destacando-se que uma dessas medidas pode ser a criação de fundos econômicos e sociais e o investimento em educação como leciona RAWLS.

Portanto, a ideia de que tanto o petróleo como os minerais podem ser instrumentos

⁴⁹¹SILVEIRA, Alexandre Coutinho. *Governança pública de royalties: Federalismo fiscal e futuras gerações*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2014, p. 26-27. Exemplar fornecido pelo autor.

⁴⁹²SILVEIRA, *Governança pública de royalties...*

⁴⁹³RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 355-366.

⁴⁹⁴BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.346.

para o desenvolvimento sustentável de uma sociedade, servindo não só para o crescimento econômico do país, mas, sobretudo, para redução de pobreza e de desigualdades sociais encontra amparo teórico em renomados autores, como também de instituições internacionais como o Banco Mundial, que, por intermédio do seu Departamento de Mineração, consigna que “em toda parte, o desenvolvimento econômico per se é um pré-requisito, muito bem documentado, para o desenvolvimento sustentável e para a redução da pobreza⁴⁹⁵.”

A redução da pobreza associada à exploração petrolífera pode ser explicada pelo fato de que essa atividade econômica alavancar outras, criando oportunidades na cadeia produtiva paralela (indústria à jusante), gerando empregos, crescimento econômico, impostos e receitas públicas e, conseqüentemente, possibilitando ao Estado ter bases financeiras para investir na prestação de direitos fundamentais e em infraestrutura em favor dos menos favorecidos.

3.4 Como pensar o petróleo conforme a perspectiva da justiça distributiva?

Ao tratar dos talentos naturais em sua teoria da justiça, John Rawls afirma que não se pode atribuir mérito moral à pessoa que tem um talento excepcional, como o de ter nascida mais dotada que a média dos cidadãos⁴⁹⁶.

Em suas considerações, Rawls faz as seguintes indagações: “será que as pessoas realmente pensam que merecem (moralmente) ter nascidas mais dotadas que outras? (...) Pensam merecer ter nascido numa família mais abastada e não numa família pobre?⁴⁹⁷”.

Em resposta, diz o filósofo, categoricamente: “não”.

Em sua vertente teórica, Rawls argumenta que numa sociedade justa, compreendida como sistema equitativo de cooperação social⁴⁹⁸, o princípio da diferença representa um consenso (acordo) pelo qual a distribuição dos talentos naturais é considerada um *bem comum* e, como consequência jurídica, os benefícios dessa distribuição devem ser compartilhados com o fim de contribuir com os menos dotados⁴⁹⁹.

Como fundamento específico dessa norma distributiva, Rawls sustenta que numa

⁴⁹⁵ENRIQUEZ, 2008, p. 106.

⁴⁹⁶RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 105.

⁴⁹⁷RAWLS, *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁹⁸ Conforme doutrina de RAWLS, *Justiça como equidade. Op. cit.*,

⁴⁹⁹RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 108.

sociedade bem ordenada é necessário que se estabeleça um vínculo de solidariedade e reciprocidade entre seus cidadãos e as instituições públicas e privadas, como condição para se efetivar a cooperação social equitativa.

Além do mais, por trás dessa justificativa vincula-se outra, igualmente coerente: a de que a sociedade como sistema de cooperação social exige que o Estado reduza ao máximo as desigualdades sociais e econômicas, de modo que só se admitam as disparidades que resultem em benefício a todos os cidadãos.⁵⁰⁰

Realizadas essas ponderações, busca-se examinar como a teoria rawlsiana pode auxiliar na compreensão da riqueza petrolífera existente na região marítima do Brasil.

É de se pontuar preliminarmente não ser descabido comparar, em perspectiva filosófica, o talento natural e a distribuição do petróleo no planeta, ou para ser mais específico, o existente na região marítima do Brasil.

É que, assim como não há mérito na distribuição do talento natural, pois sua distribuição é aleatória, semelhantemente, não se pode atribuir mérito ao Estado-membro do país pelo fato de haver reserva petrolífera na região que lhe é confrontante.

Ora, considerando que o petróleo é um bem natural, caracterizado pela distribuição naturalmente assimétrica⁵⁰¹, o que configura uma rigidez locacional⁵⁰², pode-se perfeitamente extrair a assertiva de que essas reservas petrolíferas e a receita pública advinda de sua exploração constituem um bem comum no sentido rawlsiano.

Afinal, qual é o mérito de se ter petróleo na região confrontante deste ou daquele ente federado?

Sendo assim, não havendo mérito algum aos que foram favorecidos pela natureza, pois não empreenderam qualquer esforço para a ocorrência de talentos ou das reservas petrolíferas, só podem ser beneficiados de sua boa sorte em condições tais que melhorem a situação dos menos favorecidos, principalmente dos que, em razão de arbitrariedades, estão nas piores condições econômicas.

Nesse norte, o dever de justiça social exige que o Estado trate todos que estão sob

⁵⁰⁰O segundo princípio da teoria de Rawls desdobra-se em duas partes: a primeira diz respeito à igualdade de oportunidades; já a segunda corresponde ao princípio da diferença, segundo o qual “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos.” Em síntese, as desigualdades sociais e econômicas só são permitidas se beneficiarem ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 73; *Justiça como equidade*, p. 60.

⁵⁰¹Essa distribuição assimétrica (aleatória) dá-se tanto na dimensão planetária, quanto no âmbito interno do Brasil e de sua costa marítima.

⁵⁰²SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 43.

seu cuidado com igual valor, como apregoa Rawls, ou igual consideração na linguagem de Dworkin, de modo que todos os cidadãos possam beneficiar-se das receitas públicas oriundas da exploração petrolífera, até mesmo para que tenham condições objetivas de expandir suas liberdades e potencialidades⁵⁰³.

Por fim, considerando que a não distribuição equitativa dos recursos oriundos do petróleo mostra-se incompatível com os ideais de justiça financeira distributiva, cabe ao Estado brasileiro o dever de corrigir, gradativamente, pela via dos instrumentos jurídicos, as distorções financeiras existentes na Federação, ou seja, compete ao ente central o papel de promover a equalização financeira como mecanismo para reduzir desigualdades regionais e sociais.

3.5 A propriedade do petróleo no Brasil: A quem pertencem as reservas petrolíferas do pré-sal?

3.5.1 Regimes Jurídicos Aplicáveis à propriedade do petróleo

Com relação ao sistema de propriedade das riquezas minerais e do petróleo, enquanto recursos naturais não renováveis, localizados no subsolo, basicamente, há duas teorias que regem a matéria, construídas ao longo da história.

De um lado, tem-se o sistema do direito privado também chamado de sistema fundiário ou de cessão, que está fundado na noção individualista de propriedade, o qual exclui a intervenção do Estado como proprietário das riquezas minerais ou petrolíferas.

Em razão desse regime, confere-se ao proprietário do solo também a propriedade do subsolo (*cujus est solum ejus usque ad sidera est usque ad inferos*), cabendo ao ente estatal apenas um papel de vigilância, orientação e fiscalização no que tange à exploração das jazidas petrolíferas⁵⁰⁴.

Esse sistema de cessão prevaleceu como base dos regimes minerários da Inglaterra e dos Estados Unidos da América (por questão de política econômica), mas chegou

⁵⁰³A experiência do Estado liberal demonstrou que o mero reconhecimento das liberdades formais não é suficiente para proporcionar liberdade substancial, de modo a permitir que as pessoas realizem seus projetos de vida. Nesse sentido, SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*.

⁵⁰⁴RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 5.

a ser muito criticado sob o ponto de vista filosófico e técnico em face da corrida egoística pelas reservas petrolíferas, geradora de fortunas para uns poucos, em detrimento dos interesses da coletividade⁵⁰⁵.

Em sentido diverso, milita o sistema de Direito Público, que, rompendo com a concepção romanista da propriedade, segundo a qual se estendia *ab inferos ad astra*, reconhece ao Estado, no exercício de sua soberania, o direito de participar do domínio dos recursos naturais localizados no subsolo.

A segunda corrente é a que prevalece nos sistemas jurídicos dos países.

Em comentários ao tema, ressalta Manoel Gonçalves que, no Brasil, desde a Constituição de 1934 (art. 118), a propriedade do solo não implica a propriedade das jazidas minerais ou das reservas petrolíferas⁵⁰⁶. Resulta disso, que, desde aquela época, a substância mineral ou fóssil (petróleo) não integra o patrimônio do proprietário do solo, integrando-se ao patrimônio do Estado brasileiro, incluindo-se o aproveitamento do potencial de energia hidráulica.

Esse sistema decorreu, historicamente, de uma consequência lógica de concepção de Estado, em que os recursos naturais não renováveis, nomeadamente os minerais nobres (como ouro e prata), constituíam a base do sistema econômico da sociedade e de todo o sistema financeiro estatal, que tinha na figura do rei o responsável pelo domínio desses recursos, dando ensejo ao que se convencionou chamar de sistema ou regime regaliano⁵⁰⁷.

No sistema regaliano, a propriedade do solo passou a ser distinta da do subsolo, de modo que o pertencimento deste foi atribuído ao soberano⁵⁰⁸, monarca ou senhor feudal, que poderia explorar diretamente ou por intermédio de terceiros as riquezas existentes no subsolo. Em caso de exploração por terceiros, cabia ao soberano, em contrapartida, receber uma quantia pela exploração da riqueza mineral⁵⁰⁹.

O Brasil já adotou o regime de exploração regaliano, sendo que tal regime vigorou

⁵⁰⁵RIBEIRO, 2014, p. 6.

⁵⁰⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18-19.

⁵⁰⁷RIBEIRO, 2014.

⁵⁰⁸Pode-se afirmar que esse sistema corresponde ao *Estado Patrimonial Real*, em que o patrimônio pertence ao Soberano, que se caracteriza pelo aspecto de não haver separação entre o Erário Real e o Tesouro Público. Comenta Fernando Scaff que, mesmo nos dias atuais, esse modelo de Estado ainda existe, a exemplo de Estados árabes como Arábia Saudita, em que as rendas petrolíferas pertencem à família que exerce o poder político naquele país, sob a forma de monarquia hereditária. Assim também ocorre no Estado Mônaco, de feição monárquica, onde as receitas decorrentes da exploração de jogo pertencem à família Grimaldi. SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, Minério e Energia: Aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 33.

⁵⁰⁹PIRES, Paulo Valois. *A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 8.

durante o período colonial⁵¹⁰, assim como na vigência das Ordenações Filipinas e o que antecedeu a Constituição de 1891, em que a propriedade dos recursos minerais era de domínio da Realeza portuguesa ou brasileira.

A Constituição de 1891 adotou o regime fundiário ou da acessão, segundo o qual as minas⁵¹¹ pertenciam ao proprietário do solo, o que veio a ser o regime adotado no Código Civil de 1916, cujo art. 526 determinava que a propriedade do solo abrangia a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda profundidade, úteis ao seu exercício, o que dava ao proprietário direito quanto às riquezas existentes no subsolo⁵¹².

Com o decurso do tempo e o aperfeiçoamento da teoria do Estado, o sistema regaliano evoluiu para dar lugar ao *regime dominial*, que tem como característica essencial o fato de que os recursos minerais e o petróleo (RNR) passaram a pertencer a uma pessoa jurídica soberana com estrutura organizada de poder e ação que tem a função promover o bem comum⁵¹³ de um povo⁵¹⁴, a que se denominou Estado, a quem coube o domínio das riquezas naturais existentes no âmbito de seu subsolo.

Por força desse sistema, compete ao Estado explorar diretamente as riquezas naturais presentes em seu território ou indiretamente por meio do regime de concessão. Nesta hipótese, o ente estatal tem o direito de receber pagamento, compensação e/ou participação financeira pela exploração industrial dos recursos naturais existentes em seu espaço geográfico.

Com efeito, em razão do sistema dominial, a propriedade da mina não é do descobridor ou de seu primeiro ocupante como acontecia no início da exploração nos EUA, mas sim domínio do Estado, que tem o direito sobre as riquezas existentes no subsolo de seu

⁵¹⁰Conforme elucida Di Pietro, nesse período o aquele que explorava as jazidas era obrigado a pagar o “quinto” em favor da Coroa portuguesa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2016, p. 878.

⁵¹¹ Mina é o resultado de exploração da jazida, isto é, o produto depois da lavra, enquanto resultante de uma atividade econômica; ao passo que se emprega o termo jazida para se referir a “toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que venha a ter valor econômico”, conforme art. 4º do Decreto-lei nº 227, de 28. fev.1967 (Código de Mineração).

⁵¹²Art. 526 do Código Civil de 1916. Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

Já o Novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, alterando o tratamento dado à matéria, prescreve no art. 1.230 que: “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.”

⁵¹³ O bem comum corresponde aos interesses e fins que interessa para toda uma comunidade ou sociedade, em certo tempo e em certo lugar, sendo, portanto, assunto de enorme relevância coletiva.

⁵¹⁴ Nessa passagem, tenta-se assentar uma conceituação de Estado baseada nas ideias de Zippelius e Dallari. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução Antônio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP), p. 99-111. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, p. 119-122.

território, inclusive no mar territorial ou na plataforma continental.

Na atualidade, há um consenso no plano do Direito Internacional no sentido de que a propriedade dos recursos naturais não renováveis subordina-se ao princípio da soberania permanente do Estado.

Nesse norte, observa Marilda Sá Ribeiro que o conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, riqueza e atividades econômicas, sofreu resistência por parte dos países industrializados, até se conseguir que se chegasse a um consenso básico sobre o tema, tendo em vista os fundamentos suscitados nas grandes decisões arbitrais envolvendo contratos de petróleo, principalmente em reservas localizadas no mar territorial (alto-mar)⁵¹⁵.

Assim, como conquista da civilização contemporânea, a grande maioria dos países adota o regime de propriedade mineral e petrolífera baseado na soberania dos Estados, como é o caso do Brasil⁵¹⁶, conforme se verá no próximo tópico.

3.5.2 A propriedade do petróleo na perspectiva do Direito Internacional Público

Neste ponto, pretende-se responder à indagação de abertura deste tópico, ou seja, perquire-se acerca de quem pertencem as reservas petrolíferas existentes na camada do pré-sal. Em seguida, busca-se extrair as consequências práticas decorrentes da resposta dada ao quesito.

Começemos pela análise de como a matéria é tratada no Direito Internacional Público.

Com a disputa por matéria-prima e a reivindicação dos países ditos de “terceiro mundo⁵¹⁷”, produtores de petróleo e de riquezas naturais como fonte de energia, surgiu a Resolução 1.803/1962, da Organização das Nações Unidas (ONU) -, que representa um marco na evolução das diretrizes de regulação das relações econômicas internacionais envolvendo os recursos naturais.

Nesse documento ficou assentado o *princípio da soberania permanente dos países*

⁵¹⁵RIBEIRO, 2014, p. 12.

⁵¹⁶ A partir do Código de Minas, de 10.07.1934, em consonância com a Constituição de 1934, o Brasil passou a adotar o **sistema de concessão**, em que as jazidas constituem propriedade distinta da do solo, para efeitos de exploração industrial. Esse sistema assegurou ao proprietário do solo **preferência** na exploração ou coparticipação nos lucros (Constituição de 1934, art. 119, § 1º).

⁵¹⁷ Chamados também de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

sobre os recursos naturais⁵¹⁸ existentes em seu território, com fundamento no direito dos povos à autodeterminação e no princípio da igualdade soberana dos Estados, no campo econômico, declara em sua cláusula primeira que:

1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa⁵¹⁹.

Conforme se observa, adotou-se uma diretriz segundo a qual os recursos naturais devem ser utilizados para o financiamento do desenvolvimento dos Estados e em benefício de seu povo. Para tanto, esses Estados deveriam receber compensação financeira adequada e proporcional ao valor econômico da riqueza explorada em suas extensões territoriais e tendo em vista o esgotamento dessas riquezas⁵²⁰.

Assim, diante da necessidade de melhor remuneração dos recursos minerais e do petróleo em favor dos Estados e dada à importância econômica crescente desse recurso natural, aliado ao fato de seu esgotamento, o princípio da soberania permanente passou a prevalecer sobre o princípio *pacta sunt servanda*, que era invocado pelas grandes companhias petrolíferas, segundo as quais os contratos devem ser executados nos exatos termos em que foram firmados⁵²¹.

Ainda nesse contexto de avanço sobre a matéria, Cançado Trindade consigna que, em resolução de outubro de 1972, por maioria de votos, a UNCTAD reafirmou o direito soberano de todos os países de disporem livremente de seus recursos naturais em prol de seu desenvolvimento nacional e, em especial, do desenvolvimento humano⁵²².

Esses instrumentos jurídicos internacionais tiveram como fundamento o entendimento de que as riquezas naturais existentes no subsolo dos Estados são essenciais para garantir o desenvolvimento da pessoa humana, não podendo servir apenas ao

⁵¹⁸Segundo Antônio Cançado Trindade, o conceito de **soberania permanente** dos Estados, adotado pela ONU a partir de uma Resolução 1803/1962, incorporou ao conceito de soberania a dimensão econômica, substituindo dessa forma a tradicional ideia que o vinculava ao aspecto meramente político. Nessa época, abandonou-se o entendimento de que os recursos naturais e riquezas poderiam ser explorados livremente. Com a resolução de 1962, surgiu o conceito de Soberania permanente sobre Recursos Naturais, que representou ponto de partida para as resoluções subsequentes a respeito da matéria. Nesse norte, adveio outra resolução da Assembleia Geral da ONU, particularmente a de 1966, dispondo sobre exploração dos recursos naturais pelo capital estrangeiro, recomendando-se supervisão governamental e que a atividade exploratória fosse desenvolvida no interesse do desenvolvimento nacional. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *As nações Unidas e a Nova Ordem Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos)*. Disponível: <<https://www2.senado.leg.br>>. Acesso em 07.nov.2016.

⁵¹⁹Disponível em www.dhnet.org.br. Acesso em 29.out.2016.

⁵²⁰TRINDADE, *Op. cit.*

⁵²¹FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Direito Financeiro Aplicado ao Setor do Petróleo. Tese de Doutorado defendida perante Banca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2013.

⁵²²TRINDADE, *Op. cit.*, p. 215.

crescimento econômico do país, traduzido pelo aumento do PIB ou da renda per capita⁵²³. Nem tampouco, pior ainda, servir ao enriquecimento de companhias petrolíferas e de mineração, mas sim deve operar como instrumento para promover o desenvolvimento humano, na medida em que cada pessoa merece usufruir dos benefícios oriundos das riquezas de seu país⁵²⁴.

Se a pessoa humana representa um fim em si mesmo, o que serve de fundamento moral às ações dos governos e das instituições privadas, não se admite que, em matéria de usufruto dos recursos naturais, o cidadão seja tratado como se fosse objeto ou mero expectador da exploração da riqueza de seu país. Ao revés, as decisões devem ser avaliadas pela adequação a princípios morais universais, de tal modo que a exploração dos recursos naturais só tem sentido para um país se possibilitar a geração de bem-estar à sociedade como um todo, considerando o valor intrínseco de cada pessoa⁵²⁵.

Nessa direção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fundada em três princípios axiológicos fundamentais⁵²⁶, assegura a proteção dos direitos humanos de segunda geração, os quais correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais. Tem mais. Essa Declaração faz referência também aos chamados direitos de terceira geração, inserindo neste rol o *direito ao desenvolvimento*⁵²⁷ e ao meio ambiente⁵²⁸.

⁵²³No latim, a expressão “*per capita*” significa “por cabeça”, tratando-se de uma renda por cabeça. Grosso modo, trata-se de um indicador que ajuda a medir o grau de desenvolvimento econômico de um país ou região, mediante a divisão da produção de riquezas ou renda nacional pelo número total de habitantes do país. O perigo é que esse indicador, baseando-se na renda média, acaba escondendo disparidades na distribuição de renda e as desigualdades sociais. Analisando-se sob a perspectiva da Filosofia Política, constata-se que essa forma de medir o desenvolvimento econômico tem relação com a filosofia utilitarista, que se contenta, em uma de suas vertentes, com o bem-estar da média da população de um país, sem se preocupar com as desigualdades sociais decorrentes do modelo econômico. Disponível em www.infoescola.com/economia/renda-per-capita. Acesso em 07.nov.2016.

⁵²⁴MAZZUOLI, 2013, p. 855.

⁵²⁵DWORKIN, 2016, p. 419-420.

⁵²⁶Conforme leciona Comparato, aquele documento normativo funda-se nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, em matéria de direitos humanos. Com relação à fraternidade, ressalta o autor que dizem respeito aos direitos econômicos e sociais, como o direito à educação, tratando-se de uma exigência internacional em favor dos grupos sociais mais fracos e necessitados, os quais merecem ser tratados com dignidade, constando tal proteção dos artigos XXII a XXXI da Declaração em testilha. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229-230.

⁵²⁷Nessa diretriz, ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, rompendo com a visão ortodoxa liberal, apregoa que o desenvolvimento deve ser abordado sob uma nova perspectiva, nomeadamente como um conceito pluridimensional. Não mais como sinônimo de progresso e de crescimento econômico (ligado a indicadores de mera produção e de crescimento de riqueza como o produto interno bruto), mas, ao revés, o desenvolvimento há de ser compreendido como um importante direito humano, imprescindível para a concretização da dignidade humana. Segundo esse novo pensar, o desenvolvimento implica que o crescimento econômico decorrente da exploração dos recursos naturais deve estar a serviço do desenvolvimento humano, propiciando aos cidadãos de cada país mudança de condições existenciais, traduzindo-se em melhoria de indicadores de saúde, de educação, de habitação, direcionando-se à igualização das condições sociais e mobilidade social, evitando-se dessa forma concentração de renda e de riqueza, o que se vincula a ideia de justiça distributiva, segundo a perspectiva de John Rawls e Ronald Dworkin. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.17-71.

⁵²⁸MAZZUOLI, 2013, p. 857.

Seguindo a mesma trilha, a Declaração do Rio de Janeiro para o Desenvolvimento e Meio Ambiente (1992)⁵²⁹, reafirmando o conteúdo da declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, firmada em Estocolmo em 1972, preconiza, no 5º princípio, ser requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável que todos, Estados e cidadãos, cooperem na tarefa essencial de erradicar a pobreza, como medida para reduzir desigualdades, nos padrões de vida, e de melhor satisfazer às necessidades da população mundial.

Como se observa, reconhece-se aos Estados, como membros da comunidade internacional, o direito à soberania sobre seus recursos naturais.

Voltando-se à questão da propriedade dos recursos naturais, vale o registro de que há outros importantes instrumentos normativos do Direito Internacional que reconhecem o direito dos Estados em relação aos recursos naturais existentes em seu mar territorial, inserindo-se nesse contexto a Convenção de Montego Bay⁵³⁰, conhecida como Lei dos Mares, a qual regulou o exercício soberano dos Estados sobre os recursos naturais existentes no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

Por plataforma continental (*continental shelf*) entende-se o espaço geográfico de um Estado correspondente à planície submarina adjacente à costa, como decorrência da formação particular do leito do mar em certos litorais, que se estende a determinada distância a partir da terra e cuja profundidade normalmente atinge o limite de duzentos metros de profundidade⁵³¹.

Já Mar territorial compreende a região que, junto com a zona contígua⁵³², “constitui, modernamente, a parte externa do domínio marítimo de cada Estado, representando instituto estudado com mais ênfase pelo Direito do Mar⁵³³”.

Quanto à Zona Econômica Exclusiva⁵³⁴ (ZEE), que passou a ser reconhecida a partir de 1946 com a declaração do Presidente dos EUA, teve como fim alargar a jurisdição

⁵²⁹A Declaração do Rio de Janeiro ficou conhecida também como Rio 92.

⁵³⁰Essa Convenção sobre o Direito do Mar de 1982 foi aprovada, pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 5, de 9 de novembro de 1987. A seguir, foi baixado o Decreto Nº 99.165, de 12 de março de 1990, promulgando o que ficou estabelecido pela ONU sobre o Direito do Mar. Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 29.Out.2016.

⁵³¹SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 207.

⁵³²Cf. MAZZUOLI, a zona contígua é a faixa adjacente ao mar territorial que se inicia imediatamente após o limite do mar territorial, abrangendo, em princípio, a mesma largura e sobre ela o Estado exerce soberania quanto à fiscalização sanitária, alfandegária e de imigração. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 813.

⁵³³MAZZUOLI, 2013, p. 809.

⁵³⁴A Zona Econômica Exclusiva constitui objeto de regulação da Convenção de Montego Bay, definida no seu art.55 e seguintes, como a área marítima situada para além do mar territorial e adjacente a este, tendo início a partir do limite exterior deste, indo até o limite máximo de 188 milhas marítimas, descontando-se as 12 milhas do mar territorial, abrangendo uma extensão máxima de 200 milhas contadas a partir da linha de base normal ou reta. Nessa faixa marítima o Estado exerce soberania sobre os recursos naturais renováveis e não renováveis.

norte-americana para além do mar territorial com o fim de assegurar exploração da pesca nessa área, seguindo-se essa declaração outros países que exploram a indústria pesqueira como o Peru, o Chile e o Equador⁵³⁵.

Em razão dessa regulação internacional fica assegurado aos Estados o direito de exercer soberania sobre os recursos naturais existentes nos limites de seu território nacional, inclusive na área do subsolo oceânico, onde exerce dominação de soberania⁵³⁶.

Em síntese, o petróleo, assim como os demais recursos naturais não renováveis (minerais) submetem-se ao princípio da soberania permanente sobre esses recursos e com tal pertencem ao Estado⁵³⁷ como membro da Sociedade Internacional (SI), devendo voltar-se ao desenvolvimento do país e nomeadamente servir para ampliar a liberdade de seu povo, mediante melhoria de suas condições de vida, o que deve se traduzir na mitigação das dificuldades dos menos favorecidos, bem como deve contribuir para que o país alcance a descolonização, conforme estabelece a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI)⁵³⁸.

3.5.3 O regime da propriedade do petróleo na Constituição Federal de 1988

Nos tópicos anteriores afirmou-se que os recursos naturais não renováveis (petróleo e recursos minerais), inclusive os existentes na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva, pertencem aos Estados como membros da Sociedade Internacional, da qual faz parte o Estado brasileiro.

Estabelecida essa premissa, ainda resta discernir outra questão fundamental, a que diz respeito de como o Brasil trata a propriedade petrolífera, considerando que temos uma organização político-jurídica na forma de Estado Federal, constituída por três esferas de governo.

Com efeito, sendo o Brasil uma Federação, constituída pela presença de três categorias de entes federados - União, Estados-membros e Municípios-, todos dotados de autonomia político-administrativa, conforme prescreve o art. 1º, *caput*, em liame com art. 18, *caput*, ambos da Constituição Federal, exige resposta para a seguinte questão: A qual desses

⁵³⁵ MAZZUOLI, 2013, p. 821.

⁵³⁶ CASSELA, Paulo de Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

⁵³⁷ Cf. BERCOVICI, Gilberto, as principais exceções a esse regime são Estados Unidos e o Canadá, em que, neste último, o domínio pertence às províncias. In: *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 310.

⁵³⁸ TRINDADE, *Op. cit.*, p. 223.

entes federados pertence o petróleo do pré-sal?

A questão ganha relevo na medida em que os Estados-membros⁵³⁹ e Municípios confrontantes às regiões petrolíferas, situadas no mar territorial e outras áreas marítimas, alegam que apenas esses entes federados têm direito sobre os *royalties* decorrentes dessas riquezas naturais.

A resposta à controvérsia tem relevantes implicações práticas em matéria financeira, especialmente quanto à partilha dos *royalties* petrolíferos do pré-sal, visto que se for verdade a assertiva de que somente os Estados “produtores” têm direito de usufruir dessa receita pública ao argumento de que essas riquezas situam-se em áreas sob seu domínio político-jurídico, ficaria excluída a possibilidade de partilha com as demais unidades da federação brasileira.

Todavia, se esses recursos não pertencem aos entes confrontantes pelo fato de não terem tido autonomia político-jurídica sobre o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, a distribuição dos *royalties* petrolíferos deve seguir outro critério que não o exclusivamente territorial, fundado na proximidade geográfica com a área de exploração.

Nessa esteira, afirmam Misabel Derzi e Thomas Bustamante que:

Só se poderá afirmar que os *royalties* sobre o petróleo e o gás natural extraídos do mar territorial, da plataforma continental ou zona econômica exclusiva serão (em parte) distribuídos entre os todos os Estados-membros e Municípios da Federação se for verdadeira a premissa de que essas faixas do território nacional *não* se situam sob o domínio político de nenhuma dessas pessoas político-jurídicas. E essa premissa só poderá estar correta, por sua vez, se a autonomia político-jurídica dos Estados e Municípios não se estender sobre elas⁵⁴⁰.

Antes de adentrar no exame deste ponto, é imperioso assinalar o fato de que a disputa em torno da matéria encontra-se perante o Supremo Tribunal Federal, tendo havido concessão de liminar em favor do Governo do Estado do Rio de Janeiro, ao argumento inicial de haver inconstitucionalidades em dispositivos da Lei 12.734/2010, especialmente na parte que determina a partilha dos *royalties* entre todos os entes federados, daí que ordenou a suspensão dos efeitos dos dispositivos tidos por inconstitucionais⁵⁴¹.

Em sua argumentação, o Governo do Estado do Rio de Janeiro alega, entre outros

⁵³⁹Entre os Estados-membros da Federação brasileira que reivindicam esse direito figuram Rio de Janeiro e Espírito Santo.

⁵⁴⁰DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 47.

⁵⁴¹Acerca da matéria, a Ministra Carmen Lúcia concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.917, em que figura como requerente Governador do Estado do Rio de Janeiro, porquanto vislumbra inconstitucionalidade em dispositivos da Lei 9.478/1997 e da Lei 12.734/2010.

pontos, que “a Constituição faz... uma associação direta e inequívoca entre o pagamento da compensação e o fato de haver produção situada no ente.”⁵⁴²,”

Na linha de raciocínio do autor da ação, a Lei 12.734/2012 estaria alterando as bases constitucionais de rateio dos *royalties* petrolíferos devidas aos Estados e Municípios em cujo território ocorra a produção de petróleo, visto que esses recursos por direito pertencem aos entes federativos confrontantes, razão pela qual não seria justo ratear os valores com quem não dispõe de direito constitucional a esse recebimento.

Em arguta manifestação sobre o tema e os termos da liminar concedida, sustentam Misabel Derzi e Thomas Bustamante que a construção do raciocínio jurídico - tanto na inicial como na decisão monocrática que suspendeu a execução da lei – parte da premissa de que a Constituição faz uma associação direta e inequívoca entre pagamento da compensação e o fato de haver produção situada no ente⁵⁴³.”

Nessa trilha, argumenta-se que os *royalties* petrolíferos do pré-sal devem ser partilhados apenas com os entes “confrontantes” porque esses recursos naturais lhes são **próprios**, vez que “**seus territórios** se projetariam sobre o mar territorial e a plataforma continental contígua ao litoral brasileiro.”⁵⁴⁴.”

Essa premissa, entretanto, é equivocada.

Em tópico precedente, demonstrou-se que a questão relativa à propriedade dos recursos naturais existentes nas regiões marítimas recebeu atenção da Organização das Nações Unidas, que já em 1962, emanou a Resolução da 1.803, na qual ficou assentado o *princípio da soberania permanente dos países sobre os recursos naturais* existentes em seu território.

Posteriormente a esse marco regulatório internacional, outros surgiram com o fim de aperfeiçoar a disciplina acerca da matéria, como a Convenção de Montego Bay de 1982⁵⁴⁵ (Lei dos Mares), que regula a jurisdição soberana dos Estados sobre as áreas marítimas denominadas de mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva⁵⁴⁶.

⁵⁴²Trecho da liminar concedida nos autos da ADI Nº 4917/DF, p. 3.

⁵⁴³DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 44.

⁵⁴⁴*Ibidem*, p. 45.

⁵⁴⁵WEIGERT, Fernanda; BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda informam que essa Convenção entrou em vigor em 16 de novembro de 1994, depois de obter mais do que a metade das ratificações necessárias para tanto. In: A convenção das nações unidas para o direito do mar e a instituição do tribunal internacional para o direito do mar. Brasília-DF: *Revista de Direito Internacional*, v.9, n.1, p. 41-58, jan./jun.2012. Disponível em www.publicacoesacademicas.uniceub.br. Acesso em 06.nov.2016.

⁵⁴⁶A Convenção de Montego Bay, que trata sobre o Direito do Mar, concluída na Jamaica em 1982, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5, de 9.11.1987, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 1994, por declaração do Decreto presidencial Nº 1.530, de 22.06.1995. Na parte II da referida Convenção, ao tratar do Regime jurídico do mar territorial, seu espaço aéreo Sobrejante, leito e subsolo, estabelece no ARTIGO 2: 1. A

O reconhecimento internacional de que os recursos naturais existentes nas áreas em referência fazem parte da jurisdição dos Estados como membros da Sociedade Internacional, o que lhe confere o direito de determinar como dever ser exercido o direito de propriedade sobre as riquezas naturais situadas nessas regiões marítimas⁵⁴⁷.

Em razão dessa posição internacional, assegura-se aos Estados a liberdade de estipular, em seu direito interno, o regime jurídico incidente sobre os recursos naturais, cabendo-lhes definir, para efeitos de exploração, se adotam o regime de propriedade pública ou privada. Se o Estado adotar o regime público, cabe ainda verificar se o direito de propriedade pertence ao Ente federado central ou se ficará a cargo dos entes subnacionais.

Assim, segundo o Direito Internacional Público (Direito do Mar), as áreas oceânicas e o subsolo submerso ao mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva⁵⁴⁸ são áreas marítimas de domínio do Estado brasileiro, onde este exerce soberania e o direito exclusivo de pesca, de extração e de exploração econômica dos recursos naturais que ali se acham, exercendo também o direito exclusivo de navegação, passagem, entrada e estadia em portos.

Esclarecida a questão no plano internacional, cumpre, em próximo passo,

soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das águas interiores e, no caso de Estado arquipélago, das águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial. 2. Esta soberania estende-se ao espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, bem como ao leito e ao **subsolo deste mar**.(destaques apostos). 3. A soberania sobre o mar territorial é exercida de conformidade com a presente Convenção e as demais normas de direito internacional.

ARTIGO 56. Direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na zona econômica exclusiva.

1. Na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem:

a) direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos; (...)

ARTIGO 77. Direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental.

1. O Estado costeiro exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais.

2. Os direitos a que se refere o parágrafo 1º são exclusivos no sentido de que, se o Estado costeiro não explora a plataforma continental ou não aproveita os recursos naturais da mesma, ninguém pode empreender estas atividades sem expresso consentimento desse Estado.

3. Os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa.

4. Os recursos naturais a que se referem as disposições da presente Parte, são os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, aquelas que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo.

⁵⁴⁷Nesse sentido, Cathrine Redgwell. REDGWEEL, Catharine. *Property Law Sources and Analogies in International. Property and Law in Energy and Natural Resources*. MAC HARG, Allien; BARTON, Barry; BRADBROOK, Adrian; GODDEN, Lee(Org.). New York: Oxford University Press, 2010.

⁵⁴⁸O Artigo 55 da Convenção de Montego Bay de 1982 define Zona Econômica Exclusiva da seguinte forma: “Artigo 55: A Zona Econômica Exclusiva é uma zona situada além do mar territorial e a este adjacente, sujeita ao regime jurídico estabelecido na presente Parte, segundo o qual os direitos e a jurisdição do Estado costeiro e os direitos e liberdades dos demais Estados estão regidos pelas disposições pertinentes da presente Convenção. A ZEE é de 200 milhas náuticas, medidas a partir da linha de base, também referencial do mar territorial.

examinar como o Brasil estipulou o regime de propriedade sobre os recursos naturais existentes nas regiões marítimas em consideração.

Considerando que, contemporaneamente, vive-se sob a égide de um Estado Constitucional⁵⁴⁹, resulta evidente que se deve procurar resposta ao deslinde da questão, em primeiro plano, na Constituição Federal, enquanto estrutura normativa e política conformadora do Estado brasileiro.

Examinemos, então, o texto constitucional (CF/88).

Ao tratar da matéria relativa aos bens da União, o texto do art. 20, *caput*, e de seus incisos V, VI e IX da CF prescrevem:

Art. 20. São bens da União:
 (...)

V- os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
 VI – o mar territorial;
 (...)

IX – Os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

A primeira observação que merece registro, em vista do texto constitucional transcrito, é o de que as normas acima expostas estabelecem o regime de *titularidade* dos bens públicos ali referidos. Os dispositivos em tela prescrevem a quem pertencem o mar territorial e os recursos naturais situados nas regiões marítimas neles referidos.

Não são dispositivos sobre o rateio federativo dos *royalties*. Não tratam da partilha dessas receitas públicas, mas sobre o direito de propriedade da União sobre os bens relacionados na norma constitucional.

Pois bem. Perfunctória leitura desses dispositivos é suficiente para revelar que a união detém o domínio sobre os **recursos naturais** existentes na “plataforma continental” e na “zona econômica exclusiva” exercendo também direito de propriedade sobre o “mar territorial”.

Ao que se observa, a Constituição Federal seguiu as diretrizes do Direito Internacional Público, em especial as normas sobre o Direito do Mar, expressa na Convenção de Montego Bay de 1982, já comentada neste tópico.

Em reforço normativo, o Brasil promulgou a Lei 8.617/1994 que estabelece a definição de “mar territorial brasileiro⁵⁵⁰”, “zona econômica exclusiva⁵⁵¹” e de “plataforma

⁵⁴⁹CANOTILHO argumenta que um Estado Constitucional, para ser identificado com esse qualificativo, há de configurar um Estado de Direito Democrático ou, como empregado no Brasil, Estado Democrático de Direito. CANOTILHO, 2003, p. 93.

⁵⁵⁰ De acordo com o art. 1º da Lei 8.617/1993: Art. 1º O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como

continental⁵⁵²”.

No que tange a essas faixas marítimas, extrai-se a assertiva de que o Brasil exerce *soberania plena* sobre seu *mar territorial* (Art. 20, VI), bem como soberania relativa em relação à zona econômica exclusiva e à plataforma continental, porquanto nessas duas zonas seu direito restringe-se aos *recursos naturais* lá existentes⁵⁵³ (Art. 20, V), que poderá explorá-los em benefício de seu povo para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República brasileira, expressos no art. 3º da CF/88, em liame com o escopo da atividade econômica, delineados no art. 170, III e VII, também da Constituição Federal.

Como vem sendo exposto, os recursos naturais situados nas faixas costeiras não constituem propriedade dos Estados-membros e nem de Municípios confrontantes a essas reservas petrolíferas, visto que esses entes federados não possuem autonomia político-jurídica sobre as áreas marítimas em consideração, nem tampouco sobre as riquezas naturais lá existentes.

Se o mar territorial e os recursos naturais encontrados na plataforma continental e zona econômica exclusiva fossem dos Estados-membros e Municípios confrontantes, esses entes federados seriam os competentes para legislar sobre essas faixas marítimas e como decorrência teriam competência para instituir os *royalties* sobre a exploração do petróleo do pré-sal.

Entretanto, essa premissa não é verdadeira, daí que não podem querer exclusividade em relação a essas receitas.

A esse respeito, comenta Scaff que, para efeitos jurídicos, os hidrocarbonetos (petróleo e gás), embora não sendo mineral no rigor técnico-geológico, estão inseridos como bens da União, compondo o conceito do art. 20, IX da CF, por duas razões: i) uma de cunho histórico, visto que o petróleo, em sua gênese, foi regulado pelo Código de Minas (Decreto 24.642/1934); ii) outra de natureza jurisprudencial, vez que o STF, no julgamento da ADI nº 3.273, por voto do rel. Eros Grau⁵⁵⁴ assim reconheceu.

indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecida oficialmente no Brasil.

⁵⁵¹A zona econômica exclusiva é definida no art. 6º da Lei em destaque, nos seguintes termos: “Art. 6º A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas das ilhas de base que servem para medir a largura do mar territorial.”

⁵⁵² Por seu turno, o art. 11 da Lei invocada assim define a plataforma continental: Art. 11. A plataforma continental do Brasil compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além de seu mar territorial, em toda extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

⁵⁵³Cf. também Art. 7º; 8º e art.12 da Lei 8.617/1993.

⁵⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: Aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 45.

Em defesa dessa tese, argumentou-se que o Direito constrói suas próprias realidades, daí que a Constituição optou por desconsiderar discussões geológicas e geofísicas envolvendo a distinção entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos e os recursos minerais propriamente ditos, que teriam a natureza de substâncias inorgânicas, fazendo destes últimos o gênero no qual os dois primeiros se enquadrariam.

Desse modo, conquanto o petróleo não seja um recurso mineral sob o aspecto geológico, para fins de Direito e de determinação do rol de bens da União, ele assim é considerado, de tal forma que a expressão recursos minerais deve ser interpretada em sentido *lato* para comportar os hidrocarbonetos.

Assente então que pertencem à União o petróleo encontrado no subsolo do território brasileiro, inclusive no mar territorial, como também os situados na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

Acresce-se que o domínio do Ente federativo central em relação ao petróleo é reafirmado no art. 176, *caput*, na medida em que, ao tratar dos recursos minerais em sentido *lato* (recursos naturais não renováveis, incluindo-se o petróleo)⁵⁵⁵, estabelece que esses bens são bens da União, garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Ainda em reforço normativo, o art. 177 da Constituição Federal assim prescreve: “Art. 177. Constituem monopólio da União: I- a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;”

Alinhado às normas internacionais, o Brasil editou a Lei 8.617/1993, dispondo sobre nosso mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental, o que representou uma conquista ao país, na medida em que serviu de afirmação da soberania do Estado brasileiro sobre o mar territorial.

⁵⁵⁵Em linhas gerais, pode-se aduzir que recursos naturais são bens encontrados na natureza, suscetíveis de aproveitamento pelo homem, abrangendo os recursos renováveis, tais como a floresta, e os bens não renováveis, destes fazendo parte o petróleo e os minerais.

3.6 Classificação dos bens segundo o Código Civil brasileiro⁵⁵⁶: o petróleo como bem público dominial

Segundo o Código Civil brasileiro⁵⁵⁷, que agrupa os bens de acordo com a titularidade do domínio, esses podem ser do domínio público ou do domínio privado.

Ao escopo deste estudo, interessa analisar os bens pertencentes ao domínio público, ou seja, aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados-membros e Municípios), que podem ser organizados em duas grandes categorias, os de *domínio público* e os do *domínio privado* do Estado, advindo essa classificação de Proudhon, ainda hoje adotada no direito francês e em outros países como o Brasil⁵⁵⁸.

A primeira classificação dos bens públicos⁵⁵⁹ adotada no direito brasileiro, que observou uma melhor sistematização foi a do Código Civil de 1916, visto que levou em consideração o modo pelo qual se exerce o domínio sobre eles⁵⁶⁰, valendo o registro de que as classificações adotadas anteriormente em nosso país revelaram-se bastante deficientes⁵⁶¹.

Naquele Código, que adotou o critério da destinação, os bens públicos receberam uma classificação tripartite, distinguindo-se em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e os chamados bens dominicais⁵⁶².

O vigente Código Civil manteve o mesmo critério classificatório, estabelecendo no art. 99 que os bens públicos comportam as seguintes modalidades:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais⁵⁶³, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito

⁵⁵⁶Lei 10.406/2022, publicada no Diário Oficial da União de 1101.2002.

⁵⁵⁷Lei 10.406/2022, artigos 98 a 103. Diz o art. 98: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

⁵⁵⁸DI PIETRO, 2016, p. 816.

⁵⁵⁹Celso Antônio Bandeira de Melo conceitua bem público como “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (...), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público. O conjunto de bens públicos forma o domínio público, que inclui tanto os bens imóveis como os móveis.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727.

⁵⁶⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. Atualizadora Maria Celina Bondin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 369.

⁵⁶¹DI PIETRO, 2016, p. 817.

⁵⁶²*Ibidem*, p. 817.

⁵⁶³Dentre os bens dominicais, incluem-se o Mar territorial (Lei 8.617/1993), a plataforma submarina (Dec. 28.840/1950) e as jazidas de petróleo e de gases naturais (Decreto-lei 3.236/1941).

público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades⁵⁶⁴.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Como se pode ver, nosso ordenamento conhece três categorias de bens públicos - os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais -, esclarecendo-se que, para fins de classificação jurídica, o legislador levou em consideração o modo como esses bens são utilizados⁵⁶⁵. Para ser mais preciso, adotou-se o critério da **destinação** ou **afetação** desses bens pertencentes ao Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios)⁵⁶⁶.

Dentre os critérios de sistematização, o da destinação ou afetação dos bens do Estado afigura-se, por certo, como o mais importante porque diz respeito ao elemento teleológico ou finalístico, servindo para diferenciar os bens estatais pertencentes ao domínio público daqueles bens de domínio privado.

Segundo Manuel Maria Diez, entende-se por afetação “o ato ou a declaração de vontade dos órgãos do Estado, em cujo mérito um bem é incorporado ao uso direto ou indireto da coletividade⁵⁶⁷.”

Apresentada a classificação legal, importa, agora, identificar em qual dessas categorias enquadra-se o petróleo.

Os *bens de uso comum do povo*, como indica a própria expressão, são bens que, embora pertencentes formalmente a uma pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados, DF, Municípios), por sua destinação geral e ampla por sua natureza ou por lei, podem ser usados por qualquer cidadão brasileiro, em igualdade de condições, tais como as praças, as ruas, as praias.

Os *bens públicos de uso especial*⁵⁶⁸ são aqueles que os entes federados destinam aos seus serviços ou a fins determinados, ou seja, são afetados patrimonialmente para consecução das atividades da Administração Pública, sendo que o regime jurídico desses bens difere dos bens de uso comum do povo pelo fato de que a própria entidade de direito público titular do domínio exerce deles se utiliza para o cumprimento de finalidade específica, ou seja,

⁵⁶⁴ Art. 99 da Lei 10.406, de 10. Jan. 2002, denominada de Código Civil Brasileiro.

⁵⁶⁵ PEREIRA, 2016, p. 370.

⁵⁶⁶ DI PIETRO, 2016, p. 817.

⁵⁶⁷ DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Libreros, 1969, p. 417.

⁵⁶⁸ Para DI PIETRO, a expressão uso especial não é adequada para designar essa modalidade de bem porque se confunde com o sentido de uso privativo de bem público por particular, dentre outras considerações. Para a autoria, melhor seria usar a expressão **bens do patrimônio indisponível**, empregada pelo Direito italiano ou pelo Código de Contabilidade Pública. DI PIETRO, 2016, p. 821.

estão afetados a um fim público determinado⁵⁶⁹.

Entre os bens de uso especial figuram os prédios destinados ao serviço dos órgãos públicos e dos poderes do Estado, como o edifício-sede do Supremo Tribunal Federal, o prédio da Faculdade de Direito da UFMG e os prédios onde funcionam as escolas, os hospitais, bem como os móveis utilizados nessas instalações prediais, dentre outros.

Essas duas modalidades de bens públicos apresentam em comum o traço de serem *inalienáveis*, *impenhoráveis* e *imprescritíveis*, estando, em razão da afetação, fora do comércio jurídico⁵⁷⁰. Se assim é, pode-se adiantar que o petróleo não se amolda a nenhuma dessas categorias, uma vez que a CF/88 possibilita que seja objeto de exploração industrial e comercial⁵⁷¹.

Os *bens dominiais (ou domíniais)* são aqueles bens que pertencem ao domínio privado da União, dos Estados-membros e dos Municípios, também chamados de bens do patrimônio disponível, como objeto de direito pessoal ou real, apresentando regime jurídico análogo ao da propriedade privada⁵⁷².

De acordo com o art. 101 do Código Civil, “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”

Pelo dispositivo legal, verifica-se com clareza que esses bens são suscetíveis de transferência ou alienação aos particulares, em razão da natureza alienável, bastando que se observem as exigências legais como o procedimento licitatório.

Em linhas gerais, essa categoria de bens caracteriza-se por exercer uma função econômica, na medida em que, sendo alienáveis, possibilitam ao Estado auferir receitas com a exploração deles, em contraste às duas outras modalidades que servem ao interesse geral ou ao serviço público para o qual foram afetados.

Em razão desse traço, esses bens submetem-se a um regime de direito privado, mas os recursos oriundos da exploração desses bens devem ser aplicados no interesse de todos da sociedade, por força da Constituição.

Na doutrina de Ferreira da Rocha, “Hoje, a função patrimonial ou financeira dos bens dominicais estaria relegada a um segundo plano e subordinada ao cumprimento do

⁵⁶⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 1. Atualizadora Maria Celina Bodin de Moraes, 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 371.

⁵⁷⁰DI PIETRO, 2016, p. 822.

⁵⁷¹Art.20, § 1º, da CF/88, ao dispor sobre a participação no resultado da exploração do petróleo e do gás natural, admite a possibilidade desse recurso natural ser objeto de atividade econômica e, portanto, de alienação, o que é reforçado pelo art. 177, da mesma Carta Constitucional.

⁵⁷²PEREIRA, 2016, p. 372.

interesse público primário coincidente com o interesse da coletividade⁵⁷³.”

Para Gilberto Bercovici, o petróleo e os recursos minerais estariam enquadrados como bens de uso especial. Em defesa de sua tese, argumenta que:

O petróleo e os recursos minerais são bens públicos de uso especial, bens indisponíveis cuja destinação pública está definida constitucionalmente: a exploração e aproveitamento de seus potenciais. A exploração do petróleo e dos recursos minerais está vinculada aos objetivos fundamentais dos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição de 1988, ou seja, o desenvolvimento, a redução das desigualdades e a garantia da soberania econômica nacional. Trata-se de um patrimônio nacional irrenunciável⁵⁷⁴.

Pondera ainda Bercovici que essa categoria de bens é inalienável, só podendo ser alienados em caráter excepcional, por meio de concessão constitutiva, que se caracteriza como sendo aquela em que o poder estatal concedente outorga poderes ao concessionário para explorar ou utilizar o bem público, embora conserve a sua propriedade. Essa modalidade de concessão difere da translativa, “como a de prestação de serviços públicos, quando o poder concedente atribui poderes e deveres ao concessionário para que este os exerça em seu lugar⁵⁷⁵.”

Na visão do jurista em tela, a alienabilidade prevista no art. 176 da Constituição Federal não é regra, mas exceção, daí porque expressa. Em sua linha argumentativa, a concessão para exploração mineral é um ato administrativo por meio do qual a União, “sem transmitir o domínio ou um direito real sobre o subsolo, outorga ao titular da concessão o direito de explorar o subsolo, com os direitos conexos necessários para que possa atuar, inclusive com proteção frente a terceiros⁵⁷⁶.”

Em razão dessa posição doutrinária, defende o autor que o contrato de concessão para exploração do petróleo e dos minerais tem natureza jurídica de contrato de concessão de uso de exploração de bens públicos indisponíveis.

Apesar das razões aduzidas por Bercovici, no sentido de que os recursos naturais não renováveis, nomeadamente o petróleo e os recursos minerais, são bens públicos de uso especial, por serem recursos estratégicos e de elevado valor econômico para propiciar o desenvolvimento do país, a redução das desigualdades sociais e econômicas, não nos parece adequada essa posição, porquanto incompatível com a natureza e os atributos desses bens.

É que, todos os bens e contratos públicos estão sujeitos aos interesses da

⁵⁷³ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

⁵⁷⁴BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.289-290.

⁵⁷⁵BERCOVICI, 2011, p. 290.

⁵⁷⁶*Ibidem*, p. 290.

coletividade e à função social da propriedade, vinculando-se aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (Art. 3º, CF/88).

Aliás, mesmo a propriedade privada e a própria atividade econômica subordinam-se ao princípio constitucional da função social⁵⁷⁷, em virtude do art. 5º, XXIII (constante do rol dos direitos fundamentais) e art. 170, III, ambos da CF/88.

Na linha desse entendimento, Lafayette Petter sustenta que “Não por acaso o *princípio da função social da propriedade* se coloca na sequência dos vetores maiores que norteiam a ordem constitucional econômica, logo em seguida ao princípio da propriedade privada⁵⁷⁸.”

Prosseguindo sua explanação, adverte que:

Se a propriedade e a apropriação dos meios de produção constituem mesmo pressupostos de um regime capitalista, verdade é, também, que na vigência de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), cujos *objetivos fundamentais* são garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e discriminações, para construirmos uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º), a propriedade privada – com todas as implicações que a expressão significa ou pode significar – não se legitima mais, nos dias de hoje, apenas pelos frutos que dela extrair seu senhor, mas, igualmente, pela função que desempenha no contexto da sociedade⁵⁷⁹.

Apesar das considerações levadas a efeito por Bercovici, não nos parece adequado classificar o petróleo como bem público de uso especial, uma vez que todos os bens públicos estão vinculados à satisfação dos propósitos constitucionais (objetivos fundamentais) e ao cumprimento da função social da propriedade, incluindo-se nesse desiderato a propriedade privada como dantes acentuado.

Preferimos nos filiar aqueles que defendem a ideia de que o petróleo enquadra-se na categoria de bem dominical, visto ser um bem móvel, fungível, exaurível, existente no subsolo, que não está afetado a uma finalidade pública específica, mas sim um bem econômico por natureza que, historicamente, é alienável e explorado por empresas petrolíferas.

⁵⁷⁷No mesmo sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, quando esclarece que a função social integra a estrutura do conceito jurídico de propriedade e como princípio normativo esse “afeta o mecanismo de atribuição do direito de propriedade e o regime de exercício. A atribuição do direito de propriedade não se efetua de modo incondicionado, mas submetida ao cumprimento, por parte do proprietário, da orientação social que contém. A função social implica que se reconheça ao direito de propriedade a ausência de determinadas faculdades, o exercício condicionado de outras e o dever de exercitar algumas livremente ou de acordo com determinados critérios”. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72-73.

⁵⁷⁸PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 232.

⁵⁷⁹PETTER, 2008, p. 232.

Corroborando essa posição, Andressa Torquato Rêgo afirma que o petróleo não pode ser tratado como bem de uso especial, como entende o professor Bercovici, porque não está afetado a uma prestação de serviço ou estabelecimento público⁵⁸⁰ como ocorre com os demais bens do Estado.

Na sequência de sua explanação, argumenta Andressa Torquato não haver obstáculo jurídico em classificá-los como bens dominicais, vez que, diferentemente dos bens de uso comum do povo e de uso especial, não possuem destinação específica, subordinando-se a um regime jurídico menos rígido para fins de exploração e alienação, já que o Estado pode deles dispor, segundo critério de conveniência e oportunidade, para gerar receitas e abastecer o mercado interno, sem necessidade de procedimento de desafetação⁵⁸¹.

Desse mesmo entendimento comunga Fernando Scaff quando enfatiza:

Quer-nos parecer que se trata de um bem móvel, fungível, não renovável (exaurível), estratégico, mas, **sob a ótica da classificação legal, um bem dominical**. Se a União vai vendê-lo mais barato ou mais caro, se vai apresentar uma prestação de contas mensal ou anual, se o preço será fixo ou ad valorem, se o pagamento se dará em óleo ou em dinheiro, tudo isso são variáveis de uma mesma situação fática, concreta – **trata-se de um bem dominical**, pois pertencente ao patrimônio da União, por força de norma constitucional, que dele possui titularidade como se bem privado fosse e cuja finalidade é carrear recursos aos cofres públicos, abastecido prioritariamente o mercado interno⁵⁸². (destaques apostos).

A controvérsia acerca de qual modalidade de bem público enquadra-se o petróleo também foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3273-9/DF. Dentre os pontos abordados, debateu-se se o petróleo seria um bem de uso especial ou bem dominical.

De um lado, a posição defendida pelos Ministros Carlos Brito e Marco Aurélio, que, escudados na doutrina de Bercovici, sustentaram a tese que o vê como um bem público de uso especial.

Ao defender seu ponto de vista, o Ministro Carlos Brito aduziu, entre outros argumentos, que o petróleo é um bem público que possui destinação específica, sendo sua propriedade garantida pelo regime de monopólio para proteger o interesse coletivo e a soberania nacional.

Em sentido contrário, a postura de Eros Roberto Grau, seguida pelos demais ministros, foi coerente com a sistemática constitucional, segundo a qual se trata de um bem

⁵⁸⁰ RÊGO, Andressa Guimarães Torquato Fernandes. Uma análise acerca da classificação das receitas petrolíferas na lei orçamentária. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). In: *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011, p. 438.

⁵⁸¹ RÊGO, 2011, p. 438.

⁵⁸² SCAFF, 2011, p. 62-63.

dominical porque, fosse um bem de uso especial, seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação, isto é, só poderia ser alienado quando desafetado de sua destinação.

Rebatendo os argumentos dos que interpretavam o petróleo como bem de uso especial, em seu voto na ADI n. 3273-9/DF, verberou Eros Grau:

Primeiro desses equívocos: o petróleo seria um bem público especial (não dominial), de uso comum da União e de uso especial por empresas particulares. É surpreendente que um mesmo bem público possa ser, concomitantemente, bem de uso comum da União e bem de uso especial por empresas particulares... Além disso, se fosse bem de uso especial, o petróleo – como todos os bens de uso comum e de uso especial – seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação; apenas poderia ser alienado ao ser desafetado. Como o que caracterizaria como de uso especial seria a proteção do coletivo e a soberania nacional, a sua desafetação implicaria precisamente que ele já não se prestasse a prover essa proteção... A concepção do petróleo como bem de uso especial conduz à conclusão lógica, porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável! Nada mais é necessário dizer neste apartado⁵⁸³.

O argumento do voto de Eros Grau no sentido de que o petróleo é um bem dominial representou a semente para mudança acerca do entendimento da matéria.

Em seu posicionamento, Grau destacou o petróleo não é um bem de uso especial e nem de uso comum do povo porque lhe é ínsito o atributo da alienabilidade, sendo essa característica que o diferencia dos demais bens públicos, que só podem ser alienados se submetidos a um processo de desafetação⁵⁸⁴.

Também enfatizou que não é o fato de o petróleo ser um bem alienável pelo Estado brasileiro que desnatura sua natureza pública, porquanto, como já demonstrado, todos os bens públicos devem satisfazer interesse coletivo, além do fato de que, por força da Constituição, a propriedade deve atender ao princípio constitucional da função social.

Destaque-se ainda que é juridicamente possível a União exercer a propriedade, bem como o monopólio da pesquisa e da lavra do petróleo e mesmo assim poder conceder ao particular a exploração da atividade econômica petrolífera.

O que se transfere ao empresário particular, que age em nome da União, mediante o contrato de concessão⁵⁸⁵ de lavra⁵⁸⁶, é o produto de sua exploração, ou seja, o produto da

⁵⁸³ Trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3273-9/DF, p. 208-209.

⁵⁸⁴ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Direito Financeiro aplicado ao setor do petróleo. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da USP, 2013. www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22082014-092712/... Acesso em 20.ago.2016.

⁵⁸⁵ O contrato de concessão dá à empresa concessionária o direito de explorar e produzir o petróleo existente em jazida, configurando esta como resultado da descoberta do depósito natural de substância mineral ou fóssil (carvão, petróleo ou gás natural).

⁵⁸⁶ Segundo o Art. 36 do **Código de Minas** (Decreto-Lei nº 227/1967), a lavra é definida como “conjunto de operações coordenadas, objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração de substâncias

extração, pois lavra e jazida⁵⁸⁷ são realidades diversas.

Essa é a melhor interpretação que se pode dar ao disposto no art. 176, *caput*, da Constituição Federal, do seguinte teor:

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

Também esse atributo da alienabilidade não retira a soberania econômica do Brasil sobre esses bens, tendo em vista que a União como proprietária dessa riqueza natural poderá, com vistas a atender interesse coletivo e o desenvolvimento nacional, estabelecer no contrato de concessão as condições de sua produção e de exploração pelo particular.

Constatada a viabilidade econômica da jazida petrolífera, poderá esta ser objeto de um *bloco*, definido no art. 6º, XIII, da Lei 9.478/1997 como “parte de uma bacia sedimentar formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural;”

Na prática, é o bloco consiste numa área geográfica que é objeto da licitação, podendo nele conter uma ou mais jazidas, como pode acontecer também de uma única jazida se estenda por dois ou mais blocos, que podem ser concedidos a empresas distintas, pois o objeto do certame é o bloco e não a jazida.

Encetadas essas considerações, conclui-se que o petróleo constitui-se bem dominial do Estado e em razão dessa classificação que dele pode dispor, segundo sua política energética e econômica. Diante disso, a alienação desse bem não depende de prévia necessidade de procedimento de desafetação. Entretanto, sua alienação em favor do particular deve se atrelar aos objetivos constitucionais do Estado brasileiro.

Ao instituir o regime de partilha de produção para exploração e produção de petróleo para as áreas geográficas do pré-sal, a Lei 12. 351/ 2010, ao determinar que o

minerais úteis que contiver, até o aproveitamento das mesmas.” Na perspectiva de Adilson Curi, a lavra ou exploração (*exploration*, na terminologia inglesa) é conceituada como a “aplicação sistemática dos trabalhos necessários ao conhecimento geológico das ocorrências minerais já descobertas, levando à definição da jazida.” CURI, Adilson. *Minas a céu aberto: planejamento de lavra*. São Paulo: Oficina de Textos, 2014, p. 17.

⁵⁸⁷ O termo jazida consiste no depósito natural de substância mineral ou fóssil (petróleo e gás), encontrado na superfície ou no subsolo, após o processo de descoberta, em que se valia como viável técnica e economicamente a sua produção. Sendo assim, não é qualquer depósito natural que pode tornar-se uma jazida, mas tão só aquele que possibilite a extração do petróleo, ou seja, aquele depósito que apresente viabilidade econômica. Cf. FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Direito Financeiro Aplicado ao Setor do Petróleo*. Tese defendida perante a Faculdade de Direito da USP, 2013, p. 36.

Conforme dispõe a Lei nº 9.478/1997, em seu art. 44, II, uma vez identificada uma jazida petrolífera, o contratado tem o dever de comunicar imediatamente o fato a Agência Nacional de Petróleo.

produto da exploração seja rateado entre a União e a empresa contratada para exploração, confirmou, de modo patente, que o petróleo é um bem dominical.

Ora, não fosse o petróleo um bem dominial, não seria possível a apropriação pela empresa extratora de parcela do resultado da exploração.

Em desdobramento, deduz que o contrato estabelecido entre o Estado e a empresa extratora do petróleo deverá cumprir o princípio da função social voltado à obtenção de recursos financeiros que promovam o desenvolvimento do país e acima de tudo dos cidadãos brasileiros.

4 OS *ROYALTIES* COMO RECEITA PÚBLICA PATRIMONIAL NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

4.1 Conceito de *royalties* petrolíferos

O enfrentamento da questão relativa à partilha dos *royalties* petrolíferos requer, como passo inicial, que se realize um examine sobre o conceito de *royalties*, tanto em sentido lato, quanto em sentido específico, vinculado ao petróleo, uma vez que esse termo passou a assumir uma variedade de significados ao longo do tempo, de modo que seu sentido pode variar segundo o contexto social e jurídico no qual está sendo empregado.

Como este capítulo trata da partilha dos *royalties* petrolíferos no âmbito da Federação brasileira, há que saber, primeiramente, o que significa essa categoria jurídica no contexto específico em que está-se aplicando, pois os conceitos são instrumentos ou ferramentas que usa-se na atividade científica para representar a realidade e, nesse campo, “dispomos de diferentes caixas de ferramentas na nossa caixa de ferramenta conceitual⁵⁸⁸.”

Nesse desidrato, convém identificar o sentido etimológico do termo *royalty* e qual seu significado moderno quando aplicável ao setor minerário ou petrolífero.

Originariamente, o termo *royalty* decorre da língua inglesa, advindo do verbete *royal*, cujo significado etimológico encontra-se associado, a partir do século XIV, à ideia de realeza ou relativo ao rei⁵⁸⁹.

No sentido original, o conceito de *royalty* está associado à ideia de soberania ou domínio sobre o solo e as riquezas minerais, de sorte que conotava a ideia de pagamento que o Rei tinha direito de receber quando abria mão de explorar diretamente suas terras ou os

⁵⁸⁸Manifestação de Ronald Dworkin em referência à contribuição de Wittgenstein sobre os tipos de conceitos usados na linguagem. Por sinal, Dworkin assinala que os conceitos podem ser de três categorias: a) **conceitos criteriosais**, como no caso de triângulo equilátero (conceito preciso) ou de livro que, embora não preciso, pode convencionado o estabelecimento de critérios objetivos para identificá-lo; b) **conceitos de “tipo natural”, correspondente àqueles que têm uma identidade fixa** na natureza, como o conceito de leão ou de árvore; c) **conceitos interpretativos**, que dizem respeito aos conceitos permeados por valores morais, sendo resultado de práticas sociais. São conceitos em as pessoas “identificam algum valor ou desvalor, mas discordam de como esse valor deve ser caracterizado ou identificado.” Pode-se citar como exemplo o conceito de democracia, de liberdade, de igualdade, de justiça, de justo ou injusto. Para Dworkin, embora as pessoas diverjam sobre o conteúdo desses conceitos, é possível identificar casos paradigmáticos do conceito de democracia, por exemplo, ou de justiça. Assim, para aqueles que têm em comum um conceito interpretativo específico como democracia torna-se possível identificar a caracterização desse valor, que deve ser a que melhor justifica esse conceito no sistema social. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 240-248.

⁵⁸⁹HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

recursos naturais lá existentes. Esse direito, portanto, decorria do fato de o governante ser o proprietário soberano do bem objeto da exploração⁵⁹⁰, constituindo-se em uma das formas mais antigas de pagamento de direitos pelo uso de propriedades.

Registram os doutrinadores clássicos como Pontes de Miranda que na época do Império Romano não havia separação entre o solo e as jazidas existentes no subsolo, de modo que quem fosse proprietário do solo também seria das riquezas minerais nele existentes. É que, as minas eram consideradas parte integrante e essencial da terra⁵⁹¹.

Registre-se que, historicamente, o instituto do *royalty* teve uma relação estreita com a concepção do Estado patrimonial, que se caracteriza pelo fato de que todos os bens existentes em seu território, tanto recursos renováveis, quanto não renováveis, pertenciam ao domínio do Soberano que, em razão do direito de exploração desses bens, arrecadava as receitas correspondentes a título de *royalty* e dessa forma dispunha dos meios para financiar as despesas estatais.

Embora na origem o pagamento do *royalty* estivesse vinculado ao uso da terra e das riquezas minerais, no curso do tempo, o conceito de *royalty* foi estendido para designar também o que se paga pelo uso de uma invenção, marca ou criação intelectual⁵⁹², quando patenteadas⁵⁹³. O *royalty*, assim, passou a designar a importância cobrada pelo proprietário de uma patente de produto, processo de produção, marca, entre outros, ou pelo autor de uma obra, para permitir seu uso ou comercialização.

Em sentido genérico, Fernando Scaff apresenta um conceito que serve para toda e qualquer espécie desse instituto jurídico, designando-o “como preço que é pago ao proprietário de um bem tangível ou intangível, extraído, inserido ou consumido por meio de processo produtivo⁵⁹⁴.” O autor em referência faz a observação de que esse pagamento difere daquele que é feito pelo aluguel de um bem móvel ou imóvel, uma vez que o locatário deve restituí-lo, ao final do contrato, de modo íntegro, isto é, sem perda da substância.

⁵⁹⁰AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBETTI, Sérgio Wulff. Rendas do Petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos. *Revista do BNDES*, v. 15, nº 30. Rio de Janeiro: 2008, p. 231.

No mesmo sentido LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria do petróleo: evolução normativa*. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 10.

⁵⁹¹MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 2012, p. título II, p. 164.

⁵⁹²A Lei 4.131/1962 faz referência a essa matéria para fins de dedução de imposto de renda. Confira-se: “Art. 12. As somas das quantias devidas a título de ‘royalties’ pela exploração de patentes de invenção, ou uso das marcas de indústria e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas, nas declarações de renda, para o efeito do art. 37 do Decreto 47.373/1959, até o limite máximo de cinco por cento (5%) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.”

⁵⁹³SILVA, Antônio Álvares da. *Royalties e petróleo*. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/183_royalties_petroleo.pdf> Acesso em 10.jan.2017.

⁵⁹⁴SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 89.

Já em sentido específico, aplicável apenas aos recursos naturais não renováveis (recursos minerais, petróleo, gás natural), Scaff conceitua *royalty* como o preço público pago ao proprietário desses recursos que for extraído, inserido ou consumido por processo produtivo⁵⁹⁵.

Para Gilberto Bercovici, o *royalty* seria uma espécie de retribuição paga ao proprietário em virtude do *uso* do direito de exploração de um recurso natural esgotável. Nas suas palavras:

A renda minerária, ou *royalty*, é uma compensação ou retribuição paga pelo uso de um direito, no caso, a exploração de um recurso natural exaurível. Nesse sentido, concordando com a crítica de Marcelo Gomes de Souza, a terminologia empregada no art. 20, §1º da Constituição não é mais adequada, pois a contraprestação é proveniente o uso de um bem público⁵⁹⁶.

Na conceituação de Bervovici prevalece a ideia de que a obrigação de pagar o *royalty* decorre do *uso* de um direito por parte do particular, que assume o dever de retribuição ou compensação em razão da exploração da riqueza mineral ou petrolífera.

Parece não assistir razão o autor quando vincula o conceito de *royalty* dos minérios e do petróleo à ideia de uso de um direito, porquanto durante a exploração e produção desses recursos a empresa extrai parcela da riqueza, reduzindo seu volume a cada retirada de minério ou de petróleo para vendê-los no mercado local ou internacional.

Apenas para aguçar o raciocínio pergunta-se: Será que quando a empresa Vale retira mensalmente as toneladas minério de ferro da mina de ferro Carajás, localizada na Serra dos Carajás, município de Parauapebas, sul do Estado do Pará, limita-se apenas a fazer uso do direito dessa riqueza ou aquela atividade econômica importa na redução do estoque desse recurso mineral, de modo que é impossível restituí-lo ao proprietário?

Como seria possível falar-se em uso se o minério de ferro, tal como acontece com o petróleo, é alienado pela empresa após o processo de extração do bem?

Na sequência de sua posição doutrinária, Bercovici leciona que a receita obtida pelo Estado em decorrência da exploração dos recursos naturais tem natureza de receita pública originária, como se pode conferir no trecho seguinte:

A renda obtida com a autorização de pesquisa e a concessão para a exploração dos recursos minerais tem natureza jurídica de receita pública originária, pois se trata da exploração de bens públicos. Os bens minerais são da União (artigos 20, IX e 176 da Constituição), portanto a renda obtida não é indenização, nem tributo, por não ser

⁵⁹⁵SCAFF, 2014, p. 91.

⁵⁹⁶BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartie Latin, 2011, p. 328-329.

uma receita derivada. Os *royalties* da contraprestação minerária têm natureza jurídica de preço público, decorrente da exploração do patrimônio do Estado⁵⁹⁷.

No que tange à natureza jurídica do *royalty* reserva-se para expandir a análise no tópico subsequente, onde se fará um estudo detalhado para diferenciá-lo de compensação financeira.

No capítulo terceiro, ficou demonstrado que, à luz do Direito Administrativo, o petróleo classifica-se como bem dominial, comportando uma dimensão patrimonial e outra financeira, devendo os recursos advindos de sua exploração perseguir interesse público, posto que esse bem, como bem do Estado brasileiro, deve ser convertido em benefício de todos os cidadãos⁵⁹⁸ e não apenas de alguns.

No que tange à alienação, o petróleo como bem dominial, caracterizado por ser do patrimônio disponível do Estado, exaurível, não estando afetado à finalidade pública específica, pode ser alienado, em virtude de contrato entre a União e a empresa contratada, pelo qual esta se obriga a pagar o *royalty* pela exploração do bem.

Posiciona-se aqui no sentido de que o *royalty* não resulta de um contrato de concessão de uso ou contrato de direito de uso, pois seu objeto é a alienação da propriedade. Acerca do contrato de concessão de uso, Di Pietro aduz que “é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que exerça conforma a sua destinação⁵⁹⁹.”

Considerando que o uso pressupõe a conservação da substância do bem, a exemplo do que ocorre com o aproveitamento do solo para plantação de soja, milho ou outra espécie, ou ainda no caso de aproveitamento econômico do leite do gado ou da lã da ovelha, o mesmo fenômeno não é possível quando se dá a exploração do petróleo, uma vez que é um bem não renovável.

Além disso, já ficou assentado no capítulo terceiro que o petróleo e as riquezas minerais deixaram de fazer parte integrante, quer do solo, quer do subsolo, sendo tratadas pelo ordenamento jurídico brasileiro como substâncias independentes, sem caráter de acessórios daqueles.

A confusão que se faz em argumentar que o *royalty* representa uma retribuição pelo uso de um direito (exploração de bem mineral ou o do petróleo) decorre do fato de se ter originariamente associado a extração mineral ao uso da terra, fundamentando-se na teoria de

⁵⁹⁷BERCOVICI, 2011, p. 329.

⁵⁹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 824-825.

⁵⁹⁹DI PIETRO, 2016, p. 844.

David Ricardo, no capítulo segundo de sua clássica obra, quando trata sobre a renda da terra, em liame com abordagem comparativa que empreende em relação à remuneração das minas⁶⁰⁰.

Procurando diferenciar a renda da terra do juro e do luro, David Ricardo considera a renda daquela como a “porção do produto da terra paga ao seu proprietário pelo uso das forças indestrutíveis do solo⁶⁰¹.” Afirma ainda que “As minas, como a terra, geram normalmente uma renda a seus proprietários, e essa renda, como a da terra, é o efeito e não a causa do elevado valor de seus produtos⁶⁰².”

No entendimento de Ricardo, a renda resultante da exploração minerária teria o mesmo fundamento que justifica a remuneração pelo uso do solo, quando explorado em atividades agrícolas, como a cultura do trigo à época.

Corroborando nesse sentido, sustentam José Roberto Afonso e Sérgio Wulff Gobetti que originariamente o *royalty* era o direito que o monarca tinha de receber pagamentos pelo uso de minerais em suas terras⁶⁰³.

Sem uma devida reflexão crítica, essa ideia foi sendo transportada para a doutrina jurídica, de modo que o *royalty* incidente sobre as riquezas minerais e, modernamente sobre o petróleo, passou a ser visto como uma retribuição pelo uso de um direito, desconsiderando-se que esses recursos são exauríveis e não “forças indestrutíveis”, como pregado na teoria ricardiana.

Na equivocada compreensão de David Ricardo a exploração da mina era comparada a do solo, visualizado este como uma força que se renova. Reportando-se a essa forma como aquele economista comparava a exploração do solo, Radford Schantz Jr, menciona que a expressão “forças indestrutíveis” usada por Ricardo traduz a ideia de auto-regeneração das fazendas visitadas pelos agricultores ano após ano, plantando e colhendo, pagando aluguel repetidamente ao proprietário⁶⁰⁴. Influenciado por esse raciocínio foi-se construindo a ideia de remuneração pela exploração das minas.

Essa visão, todavia, foi superada desde os estudos desenvolvidos por Alfred

⁶⁰⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Coleção Os economistas. Princípios de economia política e tributação. Título original *On the Principles of Political Economy and Taxation*. Tradução Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 49 e ss.

⁶⁰¹RICARDO, *Op. cit.*, p. 49.

⁶⁰²*Ibidem*, p. 61.

⁶⁰³AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBETTI, 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, p. 236.

⁶⁰⁴SCHANTZ Jr., Radford. *Purpose and effects of a royalty na a public land materials*. *Resources Policy*, v. 20, n.1, p. 1995, p. 36 e ss. Tradução livre.

Marshall⁶⁰⁵ ao demonstrar que as conclusões de David Ricardo não se aplicavam para fins de exploração de recursos naturais não renováveis (minérios), pois as rendas pagas pelo explorador ao proprietário do solo pelo uso deste bem era parte de uma renda repetida constantemente, enquanto que a renda da mina deixa de ocorrer com o exaurimento desta.

Por conta essa diferença substancial, Marshall afirma que “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 mina⁶⁰⁶.”

Visando demarcar a distinção entre a renda proveniente da exploração da terra e a da mina, Marshall oferece o seguinte argumento:

E desde que um veio esgotou o seu depósito, não mais produzirá. Essa diferença é ilustrada pelo fato de que a renda da mina é calculada segundo um princípio diferente do que se aplica a uma fazenda. O agricultor contrata devolver a terra tão rica quanto recebeu: uma companhia mineira não pode fazer o mesmo; e, enquanto a renda paga pelo agricultor é calculada por ano, a renda da mina consiste principalmente em royalties que são cobrados em proporção das quantidades extraídas dos depósitos naturais⁶⁰⁷.

Esse fundamento apontado por Marshall aplica-se igualmente à renda (*royalty*) proveniente da exploração do petróleo, de modo que o recebimento de cada parcela reduz o estoque desse recurso natural, não havendo sentido em falar-se de uso desse bem, tal como ocorre com o aluguel de um bem imóvel ou na locação de móveis.

Em análise desse tema no âmbito dos Estados Unidos da América, Radford Schantz Jr comenta haver divergência naquele país sobre o conceito de *royalty*. Apesar disso, esse autor endossa a ideia de que o *royalty* representa o pagamento feito ao Estado pela companhia petrolífera em virtude da alienação de um bem público⁶⁰⁸.

No Brasil, essa tese é defendida por Andressa Torquato, para quem os *royalties* pagos pelas companhias petrolíferas constituem um “preço devido ao Estado em contraprestação à alienação de um bem público, sempre que o negócio jurídico de compra e venda de petróleo estiver previsto, concomitantemente, no contrato de exploração e produção⁶⁰⁹.”

Com essas considerações, levando em conta as peculiaridades do contrato de exploração petrolífera no Brasil, não há como conceituar o *royalty* como pagamento pelo uso

⁶⁰⁵MARSHALL, Alfred. *Princípio de economia – Tratado introdutório*, v. 1. Tradução Rômulo Almeida; Ottolmy Strauch. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 229.

⁶⁰⁶MARSHALL, 1996, p. 229.

⁶⁰⁷*Ibidem*, p. 229.

⁶⁰⁸SCHANTZ Jr., *Op. cit.* p. 36.

⁶⁰⁹FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Direito Aplicável ao Petróleo*. Tese defendida perante a Faculdade de Direito da USP, em 2013, p. 100.

de um bem do Estado, mas sim como preço público devido à União pela empresa extratora do petróleo, em razão da alienação desse bem.

Oportuno consignar, neste passo, que o conceito de *royalty* não se confunde com o de compensação financeira, prevista no §1º do art. 20 da Constituição, como pensam alguns doutrinadores, porque o fundamento envolve a propriedade, isto é a alienação esta. Já a compensação financeira tem outro fundamento, sendo institutos jurídicos diferentes.

Com efeito, quando o Estado do Rio de Janeiro recebe compensação financeira pela exploração petrolífera essa receita não lhe é devida por ser o proprietário desse bem, isto é, não é uma que decorre de um bem de seu domínio, uma vez que a propriedade do petróleo é da União, que, nessa condição, tem direito ao *royalty*.

Por ora, vale o registro de que o fundamento para instituição do *royalty* diverge das razões que levam à imposição da compensação financeira por exploração mineral (CEFEM) ou a compensação financeira em decorrência da exploração petrolífera. As razões que justificam suas imposições são de natureza diversa, porém muitos ainda não percebem a diferença de natureza jurídica entre esses institutos.

No caso do petróleo, os *royalties* são cobrados das concessionárias que exploram a matéria-prima, de acordo com a sua quantidade⁶¹⁰.”

Embora o termo *royalty* tenha sido usado amplamente na Assembleia Nacional Constituinte, como lembra Fernando Facury Scaff⁶¹¹, nomeadamente quando os constituintes debateram a matéria sobre petróleo e riquezas minerais, esse termo não veio a constar por ocasião da redação dada ao Texto da Constituição Federal de 1988.

O fato de a Constituição não conter expressamente em seu texto o termo *royalty*, não significa, entretanto, que esse instituto não esteja contido no sistema jurídico brasileiro, visto que o art. 177, § 2º da CF/88⁶¹² determina que a lei⁶¹³ que tratar sobre a contratação de atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural deverá conter, entre outros aspectos, as condições da contratação.

Ora, por razão lógica, dentro das condições de contratação, a União como

⁶¹⁰Disponível em www.senado.gov.br/noticias/agencia/infos/Inforoyalties_.htm. Acesso em 29.dez.2016.

⁶¹¹SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 87.

⁶¹²Constituição Federal de 1988: Art. 177. Constituem monopólio da União: I – A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (...). § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) II – as condições de contratação;

⁶¹³Essa lei a que se refere o dispositivo constitucional é a lei ordinária, pois quando se fosse Lei Complementar, a Constituição teria feito uso dessa expressão. Além dos mais, a lei ordinária é o instrumento infraconstitucional para criar direitos e impor obrigações.

proprietária do petróleo estabelecerá, nos termos do contrato de concessão, a obrigação da concessionária pagar os *royalties* correspondentes, enquanto preço pela exploração do bem⁶¹⁴.

Confirmando as afirmações até aqui expendidas, vale conferir o texto do art. 26 da Lei 9.478/1997, do seguinte teor:

Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, **conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos**, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes⁶¹⁵. (grifos acrescidos).

O texto normativo transcrito não deixa margem de dúvida quanto a um dos efeitos do contrato de concessão, o de transferir a propriedade do petróleo à empresa concessionária da exploração, ficando esta na obrigação de efetuar o pagamento dos *royalties* como preço da alienação.

Endossando essa ideia, Maria D'Assunção anota que, em virtude do regime jurídico incidente sobre o contrato de concessão, o petróleo extraído “passa a ser propriedade exclusiva do concessionário para todos os efeitos legais. Essa passagem de titularidade só se concretiza após a respectiva medição na boca do poço para o pagamento devido das participações governamentais e dos demais tributos incidentes sobre essa atividade⁶¹⁶.”

Analisando-se as leis que regulam a matéria petrolífera⁶¹⁷, verifica-se existirem quatro espécies de *royalties*: a) *royalty* do contrato de concessão; b) *royalty* de participação especial; c) *royalty* do contrato de partilha; d) *royalty* de cessão onerosa.

Em linha conclusiva desta seção, entende-se que o *royalty* do petróleo, quando a exploração se dá no regime de concessão, consiste em um preço público devido à União pela empresa petrolífera, em razão da alienação desse bem como objeto de atividade econômica⁶¹⁸.

Levando em conta que o *royalty* é um preço público decorrente da alienação de um bem do Estado Federal soberano, representado pela União, nada mais justo que essa receita patrimonial converta-se em benefício de todo povo brasileiro, legítimo destinatário dos recursos públicos, que devem ser aplicados para erradicar pobreza, reduzir desigualdades

⁶¹⁴Segundo Décio Barbosa, a prática internacional adota duas técnicas para calcular os *royalties* do petróleo: a) cobrança de um valor uniforme, fixado por unidade de produção, que leva em conta o valor do barril no mercado; b) cobrança *ad valorem*, que se constitui na incidência de um percentual sobre o valor da produção. BARBOSA, Décio. *Tributação do petróleo no Brasil e outras jurisdições*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011, p. 69.

⁶¹⁵BRASIL: Lei 9.478, de 06.ago.1997

⁶¹⁶COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários à lei do petróleo*: lei federal nº 9.478/1997, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 216.

⁶¹⁷Entre as leis que tratam da matéria petrolífera, destacam-se: a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo); a Lei 12.351/2010 e a Lei 12.276/2010.

⁶¹⁸A expressão atividade econômica emprega é compreendida a partir do texto do art. 170 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, quando trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica.

sociais e regionais e, bem assim, promover o desenvolvimento econômico do país.

Nessa perspectiva salienta Onofre Batista Júnior:

A Carta democrática de 1988, que consagrou e valorizou o federalismo de cooperação, deixou gizado que os recursos naturais do subsolo pertenceriam ao povo brasileiro: os recursos minerais não podem ser de propriedade de nenhum particular, empresa ou Estado estrangeiro, mas são bens públicos dominicais de propriedade do povo brasileiro. É sabido que o polissêmico termo “União”, na CRFB/88, é empregado tanto para se referir ao representante do Estado Federal soberano, como para se referir à pessoa jurídica de direito público interno⁶¹⁹.

Exatamente porque o petróleo pertence ao povo⁶²⁰ brasileiro e não aos entes federados Estados ditos “produtores” e confrontantes (Estados e Municípios) é que a receita pública decorrente de sua alienação deve ser distribuída de forma igualitária no âmbito da Federação brasileira, com vistas a conferir a máxima efetividade aos objetivos fundamentais encartados no art. 3º da Constituição Federal.

Decidir de modo diferente ao preconizado nessas premissas implica desconsiderar que, em razão do sistema de valores constantes da Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira deve ser compreendida como um sistema equitativo permanente de cooperação social⁶²¹, em que todos os seus cidadãos merecem igual consideração, o que significa a imperiosa necessidade de que os recursos públicos do petróleo sejam partilhados no âmbito da federação conforme as diretrizes da justiça distributiva.

Com relação à partilha dos *royalties* do petróleo na Federação brasileira, propõe-se a analisar com mais detença nas seções subseqüentes, onde se terá a oportunidade de defender e demonstrar a forma mais adequada de distribuição dessas receitas patrimoniais.

⁶¹⁹BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Minas Gerais pós-colonial? “Minérios com mais justiça”. Minas Gerais pós-colonial? “*Ore with more justice*”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.109, p. 437-469, jul./dez.2014, p. 445.

⁶²⁰A invocação do termo povo empregado neste texto não é no sentido metafórico ou de retórica ideológica, mas sim de povo enquanto instância de “direito popular”, enquanto destinatário de prestações legítimas a serem prestadas pelo Estado; povo como categoria que legitima democraticamente o poder e ainda o “povo-destinatário” possuidor de pretensão aos direitos fundamentais, conforme destaca Müller. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6ª ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: RT, 2011.

⁶²¹RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 70.

4.2 Os *royalties* petrolíferos e critérios de partilha no Brasil: um breve esboço histórico

4.2.1 Pré-história do petróleo no Brasil

No Brasil, a exploração do petróleo e de seus derivados começa de modo incipiente não por iniciativa direta do Estado, mas de particulares que se interessaram em pesquisar e aproveitar o potencial desse recurso e de seus congêneres para atender suas necessidades de energia, como é o caso de José de Barros Pimentel que se interessou em explorar betume nas margens do rio Marau, no Estado da Bahia.

Na busca de seu intento, José Pimentel conseguiu convencer o Marquês de Olinda a assinar em 1858 o decreto 2.266, que lhe concedeu o direito de extrair aquele recurso natural para produzir querosene a fim de utilizar em sua fazenda⁶²².

Registra-se ainda que a primeira tentativa para encontrar petróleo no Brasil deu-se em 1892 quando o engenheiro Eugênio Ferreira de Camargo perfurou o primeiro poço em busca desse produto. A iniciativa ocorreu em sua fazenda, na cidade de Bofete, interior do Estado de São Paulo, mas foi frustrada porque só brotou água sulfurosa⁶²³.

No início da década de 1930, emerge nova notícia, dando conta da presença de petróleo em Lobato, Salvador, Bahia. Relatos populares informavam que moradores locais utilizavam uma “lama preta” como combustível de suas lamparinas⁶²⁴. A partir dessa notícia, realizaram-se pesquisas e coletas de amostras da lama oleosa. Contudo, não se conseguiu chamar a atenção das autoridades para se explorar o produto.

No ano de 1932, finalmente, o engenheiro agrônomo Manoel Inácio Bastos, após insistência, contando com a ajuda do presidente da Bolsa de Comércio da Bahia (Oscar Cordeiro), conseguiu chegar ao presidente Getúlio Vargas, oportunidade em que apresentou um relatório, contendo laudo técnico, atestando a presença de petróleo na região de Lobato⁶²⁵.

Nessa mesma década, o Governo brasileiro, movido por um ideal nacionalista,

⁶²²FARIAS, Patrícia. Nacionalismo e participação popular na campanha “O petróleo é nosso”. PIQUET, Rosélia (Org.). In: *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 16-17.

⁶²³Sua Pesquisa.com. História do petróleo no Brasil. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/historia_petroleo.htm> Acesso em 10.11.2016.

⁶²⁴História do petróleo no Brasil. Disponível em <https://novaquimica.wordpress.com/2008/08/05/a-historia-do-petroleo-no-brasil.2/> Acesso em 10.11.2016.

⁶²⁵FARIAS, 2010, p. 17.

adotou uma série de medidas institucionais com a finalidade de debater sobre o uso e a exploração do petróleo, culminando com a criação, em 1938, do Conselho Nacional do Petróleo, estabelecendo ainda que esse recurso natural era de “utilidade nacional”⁶²⁶.

4.2.2 A fase dos *royalties* minerários aos *royalties* do petróleo

Para os fins desta pesquisa, a propriedade do petróleo merece ser examinada na perspectiva dinâmica⁶²⁷ e não em sua forma estática, ou seja, como bem estratégico que pode ser objeto de exploração industrial e comercial, capaz de gerar receitas ao Estado e aos particulares empreendedores, no contexto do modo de produção capitalista.

Fazendo-se um recorte histórico, pode-se mencionar a Constituição da República de 1891 como primeiro ponto de partida para análise das questões relacionadas à cobrança dos *royalties* minerários no Brasil, pois nela havia previsão para os Estados-membros serem proprietários dos recursos minerais em terras de sua propriedade⁶²⁸, o que configurava atribuição de competência para impor exações tributárias ou exigir *royalties* pela exploração de riquezas minerais, ou seja, esses entes federados possuíam competência impositiva em matéria minerária.

Posteriormente, já sob a égide da Constituição de 1934, veio a lume o Código de Minas daquele mesmo ano, veiculado pelo Decreto 24.642/1934, destacando-se que foi nesse tempo que se operou a nacionalização das riquezas minerais existentes no território brasileiro⁶²⁹.

Na busca por estabelecer melhor tratamento ao tema dos *royalties*, particularmente os petrolíferos, introduziu-se alterações ao antigo Código de Minas, por meio do Decreto-Lei 366/1938, que, em vista da modificação, estabeleceu novas bases normativas que importaram evolução quanto ao rateio dos *royalties* do petróleo e do gás natural no Brasil, nomeadamente porque instituiu um sistema público de domínio.

⁶²⁶FARIAS, 2010, p. 17.

⁶²⁷Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 253-254. No sistema de mercado, como o adotado no Brasil (Constituição de 1988, arts. 1º, IV, 170, entre outros), não importa apenas ter a propriedade do petróleo (jazida), mas fundamentalmente poder obter rendas decorrentes de sua exploração.

⁶²⁸Constituição de 1891: “Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.”

⁶²⁹SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 122.

A modificação introduzida ao Código de Minas da época implicou no rompimento do sistema de acessão ou fundiário⁶³⁰ para implantar o sistema dominial, separando-se novamente a propriedade do solo da do subsolo, conservando-se, porém, o direito do proprietário sobre a superfície⁶³¹, conforme já exposto em capítulo precedente.

Esse Diploma Legislativo - Decreto-Lei 366/1938⁶³², surgido no contexto do pós Primeira Guerra Mundial, promoveu modificação substancial no regime das jazidas de petróleo no Brasil, na medida em que fez a separação inequívoca entre a propriedade do solo e dos recursos naturais presentes no subsolo, reconhecendo que as jazidas desses recursos naturais existentes no território nacional passaram a pertencer à União e aos Estados, como domínio privado, dando tratamento inovador quanto à forma de remuneração em favor dos entes federados⁶³³.

Nesse tempo ocorreu uma regulação específica para o petróleo, pois passa a ter um destaque normativo que vai diferenciá-lo dos demais recursos minerais, ou seja, o petróleo como patrimônio natural não renovável passa a ter um tratamento jurídico verdadeiramente federativo, fruto do intenso debate travado na década de 1930, que tinha por lema a participação do Estado brasileiro na exploração, produção e distribuição do petróleo e seus derivados⁶³⁴.

Interessante notar que a alínea “a” do art. 97 do instrumento normativo em consideração, determinava pertencer aos Estados-membros as jazidas que se achassem em terras do seu domínio privado e, sua alínea “b”, preconizava pertencer à União todas as demais jazidas, surgindo assim o rateio da competência impositiva entre a União e os Estados.

No que tange ao regime de partilha dos *royalties*, após a inovação introduzida pelo Decreto-Lei nº 366/1938, o art. 108 do Código de Minas da época⁶³⁵ (Decreto-Lei

⁶³⁰Pelo sistema fundiário, o proprietário do solo é também dono do subsolo. O domínio mineral ficava repartido entre os particulares, a União, os Estados e os Municípios, dependendo da propriedade onde as minas estivessem situadas. Em razão desse sistema, as minas seriam dos particulares quando localizadas no respectivo terreno, conforme menciona BRAGA, Luciana Palmeira. *Pré-Sal: Individualização da produção e contratos internacionais de petróleo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁶³¹BRAGA, 2014, p. 69.

⁶³²Esse instrumento normativo surgiu no contexto de uma nova conjuntura internacional do petróleo, pós Primeira Guerra Mundial, caracterizada pela importância estratégica desse bem para os Estados e consequentemente pela valorização dessa *commodity*. Ele difere do sistema de acessão adotado na Constituição de 1891 e que havia sido revogado pelo Decreto 19.398/1930, como fruto do regime revolucionário da época.

⁶³³O Decreto-Lei Nº 366/1938 prescreveu, em seu art. 97, *caput*, a seguinte disposição: Art. 97 “As jazidas de petróleo e gases naturais acaso existentes no território nacional pertencem aos Estados ou à União, a título de domínio privado imprescritível, na seguinte conformidade:”

⁶³⁴FARIAS, Patrícia. Nacionalismo e participação popular na campanha “O petróleo é nosso”. PIQUET, Rosélia (Org.). *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 16-17.

⁶³⁵Decreto-Lei Nº 366/1938, que incorporou novos dispositivos ao Código de Minas (Decreto n. 24.642/1934): Art. 108. 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

24.642/1934) determinou que a remuneração da União dar-se-ia mediante a quota de 9% (nove por cento) da produção de petróleo bruto, podendo o Governo Federal optar pelo valor correspondente em dinheiro, que seria pago pelo empreendedor que viesse promover a extração petrolífera.

Na hipótese de o depósito petrolífero ser de propriedade estadual, aquele Diploma Legal preceituava em seu art. 108, § 1º que a quota seria dividida, em partes iguais, entre a União e o Estado-membro, sendo que este receberia sua quota sempre em dinheiro.

Ainda durante o percurso do Estado Novo, período compreendido entre 1937/1945, experimentou-se uma nova mudança normativa, desta feita decorrente do Decreto-Lei 3.236/1941, que afastou a titularidade dos Estados-membros sobre a riqueza petrolífera, dando a União como proprietária das jazidas de petróleo.

Por força do disposto no art. 18, § 2º desse instrumento legal, o valor dos *royalties* aumentou para 10% sobre a produção, a ser pago em dinheiro, em favor da União, sem qualquer partilha federativa.

Com a redemocratização do Brasil e o advento de uma nova Constituição – a Constituição de 1946, a par do aumento crescente das demandas por petróleo no Brasil, instalou-se um debate em torno de qual seria a melhor política a ser adotada para regular a exploração dessa riqueza. Por um lado, os defensores da liberdade da iniciativa privada; de outro, os que propugnavam pelo monopólio estatal⁶³⁶.

A controvérsia foi resolvida pela iniciativa de Getúlio Vargas, que, atendendo a uma campanha popular, instituiu a Política Nacional de Petróleo e criou a empresa Petróleo do Brasil S.A – PETROBRAS, mediante a Lei 2004/1953, que passou a ser detentora do monopólio estatal da pesquisa e a lavra, refino e transporte petrolífero e seus derivados⁶³⁷.

Essa lei representa, em certo sentido, a consolidação da base jurídica do petróleo e do gás natural no Brasil, a qual foi formulada sob o impulso de uma ampla campanha pública e popular sob o *slogan* “O petróleo é nosso”, que enaltecia o sentido de que o petróleo é de propriedade dos brasileiros⁶³⁸.

Pela forma como o movimento popular desenvolveu a campanha “O petróleo é nosso”, ficou evidenciada uma clara manifestação de firmar posição no sentido de que esse

da quota instituída pelo artigo 42, nº IX, letras “a” e “b” deste Código.

⁶³⁶Pode-se conceituar monopólio como exclusividade de domínio, exploração ou uso de determinado bem, serviço ou atividade. Em sentido econômico, o monopólio significa o controle da produção e de preços, bem como o poder de atuar com exclusividade no mercado, com direito de atuar sozinho nas vendas do produto. SILVA, Américo Luiz Martins. *Introdução ao Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 192.

⁶³⁷CARDOSO, Luiz Cláudio. *Petróleo: do poço ao posto*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

⁶³⁸RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar/FAPERJ, 2014, p. 389;

patrimônio é um bem coletivo do povo brasileiro e não de alguma empresa estrangeira.

Uma das inovações trazidas pela Lei 2004/1953 residia no art. 27⁶³⁹, *caput*, em virtude do qual a Petrobras e suas subsidiárias eram obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde ocorresse a lavra de petróleo indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído.

Ainda de acordo com o § 3º desse dispositivo, os Estados e Territórios deveriam distribuir 20% (vinte por cento) do que recebessem proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles, devendo o pagamento ser efetuado trimestralmente.

Posteriormente aquela alíquota foi alterada pela Lei 3.257/1957, reduzindo-a para o montante de 4% (quatro por cento) em favor dos Estados, ao tempo que se desobrigou de haver repasse aos Municípios, porquanto passaram a ter direito à parcela própria, à razão de 1% (um por cento) sobre a produção.

Na senda da ampliação dos beneficiários da partilha dos *royalties*, sob a égide da Constituição de 1967, surge o Decreto-Lei 523/1969, que estabeleceu a participação de órgãos da Administração Pública federal nos resultados da exploração de petróleo que fossem extraídos da plataforma continental.

Outra mudança normativa deu-se com a introdução do § 4º ao art. 27 da Lei 2004/1953⁶⁴⁰, em virtude do qual ficou estabelecido que a indenização de 5% (cinco por cento) da produção, a ser paga pelas concessionárias, em partes iguais, ao Departamento nacional de Produção Mineral (DNPM), ao Ministério das Minas e Energia com o fim constituir o Fundo Nacional de Mineração (FNM)⁶⁴¹ e, bem assim dotar o Ministério da educação e da Cultura de recursos para financiar pesquisa e o ensino de nível superior na área das geociências⁶⁴², quando a exploração ocorresse na plataforma continental.

⁶³⁹ Texto do art. 27 da Lei 2004/1953: Art. 27 “A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás.”

⁶⁴⁰ O texto do Decreto-Lei nº 523/1969 trazia a seguinte redação: “Art. 1º O artigo 27 da Lei 2004, de 3 de outubro de 1953, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, fica acrescido do seguinte parágrafo:

§ 4º Quando o óleo ou o gás forem extraídos da plataforma continental, os 5% (cinco por cento) de que trata o caput deste artigo serão destinados, em partes iguais, ao Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério de Minas e Energia, para constituição do 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.”

⁶⁴¹ Trata-se de hipótese de *vinculação de receita*, que corresponde a um liame normativo, estabelecido para a receita pública, vinculando-a, no caso, a um órgão da administração pública.

⁶⁴² Com base em CARVALHO, André Castro, pode-se aduzir que aqui a hipótese é de afetação, vez que a receita fica afetada à realização de uma finalidade específica. No caso, a norma determinou que os recursos seriam destinados a financiar um direito fundamental de natureza bem específica, qual seja o ensino superior em geociências. In: *Vinculação de Receitas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22.

Aqui já se observa um avanço quanto ao destino de parte dos *royalties* do petróleo, tendo em vista que, além da determinação de se vincular uma parte para o DNPM, há uma preocupação de promover afetação de parcela desses recursos para financiar pesquisa e direito fundamental educacional, embora ainda de modo bastante restrito, pois o comando normativo especificou que a aplicação deveria ser em pesquisa e no ensino superior em geociências.

Pelo Decreto-Lei 1.288/1973, essas vinculações normativas sofreram novas modificações, de modo que essas receitas foram redirecionadas ao Conselho Nacional do Petróleo – CNP, com o fim de formar estoques reguladores de combustíveis para geração de energia elétrica. Sucede, contudo, que essa vinculação deixou de vigorar em virtude do Decreto-Lei 1.785/1980 que revogou expressamente o Decreto-Lei 1.288/1973.

No bojo de disputas políticas envolvendo os entes federados, que buscavam receber *royalties* sobre o petróleo extraído da plataforma continental, foi aprovada a Lei 7.453/1985, que modificou o art. 27 da Lei 2.004/1953, cujo § 4º passou a ter a seguinte redação:

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.

§ 4º É também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no *caput* deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geoeconômicas, 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das respectivas áreas, e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios.

A história revela que a modificação do § 4º do art. 27 da lei em questão resultou de uma disputa política que os entes federados subnacionais (Estados, Territórios e Municípios confrontantes) travaram para passarem a receber parcela da receita petrolífera sobre a produção extraída da plataforma continental.

Com essa alteração normativa, os entes federados referidos passaram a ter direito a receber uma parcela financeira mais ampliada, decorrente da exploração de uma riqueza natural que não lhes era própria, visto que a titularidade do petróleo é da União.

No curso dessa disputa, vê-se que os entes confrontantes não tinham qualquer preocupação com a realidade dos demais entes federados, desconsiderando que o petróleo é um patrimônio nacional, cujas receitas advindas de sua exploração, pertencem, em última instância, ao povo brasileiro.

Convém registrar, que, em razão de a Lei 7.453/1985 conter conceitos jurídicos

indeterminados⁶⁴³, tais como “áreas geoeconômicas” e “território confrontante”, houve necessidade de se expedir uma nova lei para esclarecer o sentido e alcance dessas expressões, advindo daí a Lei 7.525/1986, ficando determinado nesta, em seu art. 2º⁶⁴⁴, o que se considera confrontante para os efeitos de indenização da exploração petrolífera e, em seu art. 3º, estabeleceu-se o sentido de “área geoeconômica”.

Na sequência da produção legislativa sobre o petróleo e a distribuição dos *royalties*, já após a Constituição de 1988, surge a Lei 7.990/1989, estabelecendo nova forma de partilha dessa receita, ficando distribuído da seguinte forma: 1,5% aos Estados e Municípios confrontantes, 1,0% ao Ministério da Marinha, 0,5% ao Fundo Especial e 0,5% aos Municípios com instalações de embarque de petróleo.

Ainda no contexto pós Constituição de 1988, a atividade petrolífera teve novo marco regulatório, mediante a expedição da Lei 9.478/1997, que ficou conhecida como *Lei do Petróleo*, cujo texto dispõe sobre política energética nacional, o monopólio das atividades do petróleo e a criação do Conselho Nacional do Petróleo. Para fins de exploração e produção do petróleo, essa lei passou a exigir o contrato de concessão, precedida procedimento de licitatório.

No curso da história legislativa sobre o petróleo no Brasil, adveio a Lei 12.351/2010, que instituiu o Fundo Soberano⁶⁴⁵ e o regime de partilha de produção para a área do pré-sal.

A seguir, baseado em Tabela 1 elaborada por Rodrigo Serra e Carla Patrão⁶⁴⁶,

⁶⁴³ De acordo com a Teoria da Linguagem aplicável ao Direito, esposada por Genaro R. Carrió, as palavras que possuem o atributo da indeterminação (conceitos jurídicos indeterminados), por assim dizer, são aqueles que, conquanto possuam um núcleo significativo ou significado mínimo, são dotados de certa imprecisão ou vagueza quanto ao conteúdo ou alcance de sentido e, por conta disso, irredutíveis à delimitação e objetividade total, sendo refratários a uma significação unívoca inquestionável. CARRIÓ, Genaro R. *Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, p. 28 e ss.

Assim, *v.g.*, apesar de o conceito de área geoeconômica possuir um foco de luz, um núcleo de sentido, em que essa expressão pode ser aplicada, há, por outro lado, uma zona entre a luminosidade e obscuridade circundante, uma zona de penumbra, onde proliferam incertezas, sendo difícil dizer se aquela área é ou não geoeconômica para o fim de se aplicar a lei ao caso concreto.

⁶⁴⁴ Nos termos do art. 2º da Lei em referência: “Art. 2º Para efeitos da indenização calculada sobre o valor do óleo de poço ou de xisto betuminoso do gás natural extraído da plataforma continental, consideram-se confrontantes com poços produtores os Estados, Territórios e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços.”

Já o artigo 3º apresenta a seguinte redação: “Art. 3º A área geoeconômica de um Município confrontante será definida a partir de critérios referentes às atividades de produção de uma dada área de produção petrolífera marítima e a impactos destas atividades sobre áreas vizinhas.”

⁶⁴⁵ O objetivo é o de constituir um fundo de poupança pública de longo prazo, sendo que os recursos são oriundos da exploração do petróleo da camada do pré-sal. Antese de fundo, o Brasil já havia criado um outro pela Lei 11.887/2008, denominado Fundo Soberano do Brasil, conforme OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 393.

⁶⁴⁶ Tabela elaborada a partir de informações legislativas do Senado Federal. SERRA, Rodrigo; PATRÃO, Carla. *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 196.

apresenta-se um quadro histórico-resumo da legislação do petróleo no Brasil até o advento da Lei 9.478/1997:

Tabela 1 - Histórico-resumo da legislação do petróleo no Brasil até o advento da Lei 9.478/1997

Normas	Alíquotas	Distribuição <i>Offshore</i> (plataforma continental)	Comentários
Lei 2004/1953 (Lei de criação da Petrobrás)	55%	Inexistente	Os <i>royalties</i> não incidiam sobre a produção <i>offshore</i> , ainda inexistente. A alíquota de 5% incidia sobre a produção <i>onshore</i> , sendo 4% para os Estados e 1% aos Municípios petrolíferos.
Decreto-Lei nº 523//1969	55%	2,5% vinculado ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). 2,5% vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (MEC)	Incidência de royalties sobre a produção <i>offshore</i> , mas sem distribuição para Estados e Municípios.
Decreto-Lei nº 1.288/1973	55%	5% vinculado ao Conselho Nacional do Petróleo (CNP)	Os recursos destinados ao CNP tinham por meta a formação de estoques de combustível, com o objetivo de manter a segurança e regularidade da geração de energia.
Lei 7453/1985	55%	1,5% aos Estados confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas. 1,0% ao Ministério da Marinha. 1,0% ao Fundo Especial	Determinou a distribuição dos recursos do Fundo Especial aos Estados e Municípios da Federação.
Lei 7.525/1986	55%	Inalterada	Especifica os conceitos de região geoeconômica e de extensão dos limites territoriais da plataforma continental.
Decreto nº 93.189/1986	55%	Inalterada	Regulamentou o traçado das linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados, Territórios e Municípios para uso do IBGE.
Lei 7.990/1989	55%	1,5% aos Estados e Municípios confrontantes. 1,0% ao Ministério da Marinha 0,5% ao Fundo Especial 0,5% aos Municípios com instalações de embarque de petróleo.	Alterou a distribuição dos <i>royalties</i> em terra e marítima. Fundo Especial: distribuição entre todos os Estados e Municípios, na razão de 80% para estes 20% àqueles.
Lei 9.478/1997	Variação entre 5% e 10%	Até 5% distribuídos conforme a Lei 7.990/89 e o Dec. N.1/1991 Parcela excedente a 5% distribuídos da seguinte forma: <ul style="list-style-type: none"> • 25% ao Ministério da Ciência e Tecnologia. • 22,5% aos Estados confrontantes • 15% ao Comando da Marinha • 7,5% ao Fundo Especial • 7,5% aos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de Petróleo. 	Pela Lei 9.478/1997

Fonte: SERRA, PATRÃO (2010, p. 196)

4.3 Natureza jurídica dos *royalties* do petróleo: tributo, compensação financeira ou preço público oriundo da alienação de um bem dominial?

No que concerne à natureza jurídica dos *royalties* petrolíferos, há quem entenda tratar-se de um tributo⁶⁴⁷, por resultar de lei, possuir hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota. Entretanto, esse entendimento não corresponde à verdadeira natureza jurídica desse instituto.

O fato de decorrer de lei, não dá ao *royalty* o contorno de tributo, pois os preços privados, em casos excepcionais,⁶⁴⁸ e públicos⁶⁴⁹ podem resultar de um regramento legal, porém o que constitui a obrigação não é a lei, mas o contrato entre o ente estatal e o particular.

Enquanto os tributos representam uma imposição do Estado que se volta contra o patrimônio particular, os *royalties* decorrem da alienação de patrimônio do próprio Estado, que, em virtude de contrato, obriga o particular ao pagamento de uma exação patrimonial em não fiscal.

Assim, nenhuma razão assiste aos que cogitam tratar-se o *royalty* de tributo, porquanto não atende aos fundamentos que justificam a imposição de tributos, pelo Estado, e nem preenche os requisitos legais do art. 3º do CTN, pois o contrato para exploração petrolífera resulta de acordo de vontades e não de compulsoriedade.

Vale o registro de que, no posicionamento do STF, no voto do relator do RE 228800-5/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 25.09.2001, ficou assentado que a receita dos *royalties* constitui hipótese de receita patrimonial e não tributária. Na manifestação do Relator:

O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da *participação nos resultados ou da compensação financeira* cogitadas no art. 20, §1º, CF, que configuram receita patrimonial. (...) 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 auferir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷O conceito legal de tributo no Brasil encontra-se no art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966): “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” Aliomar Baleeiro aduz que “não são tributos, quer do ponto de vista teórico, quer do jurídico, no Brasil, as prestações de caráter contratual, como os “preços” (quase privados, públicos e políticos) ”. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 62.

⁶⁴⁸Em casos excepcionais, como os preços tabelados de determinadas mercadorias.

⁶⁴⁹A exemplo do preço público cobrado pelo fornecimento de serviço de água tratada.

⁶⁵⁰BRASIL, STF: Disponível em <stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Acesso em 17.01.2017.

Pelo que se expõe, fica afastada a hipótese de que os *royalties* do petróleo recebido pela União e a compensação financeira distribuída aos entes federados configurem espécie tributária, pois de receita patrimonial se trata.

É de se anotar que na prática internacional essa receita decorre de contratos de exploração e produção petrolífera, os quais apresentam basicamente três espécies de objetos: a) contratos de serviços; b) contratos de concessão⁶⁵¹; c) contratos de partilha da produção⁶⁵².

Na seção anterior foi demonstrado que, tradicionalmente, tem-se compreendido que, por meio desses instrumentos contratuais, a companhia petrolífera adquire o direito de *usar* um bem público, pagando ao Estado proprietário do recurso natural uma contraprestação (preço) que lhe permite usar esse bem e de adquirir a propriedade de parcela da matéria extraída.

Essa ideia de que a empresa contratada adquire o direito de usar o bem não guarda coerência com a realidade, pois o direito da empresa concessionária de apropriar do bem é incompatível com o regime do direito de usar, que implica obrigação de restituição.

Com efeito, sendo o petróleo um recurso natural não renovável, que pode ser alienado para terceiro, não é possível fundamentar as receitas que a União recebe de sua exploração como tendo natureza jurídica correspondente ao uso de um bem, tal como ocorre com o uso da terra que possibilita a extração do fruto, sem subtração de sua substância.

Na lição de Pontes de Miranda, o conceito de fruto “não apanha os proveitos que se obtém com prejuízo para a coisa, nem o que é contra o destino econômico da coisa⁶⁵³.”

Nesse conceito, não se admite como hipóteses de fruto as situações em que há extinção da coisa decorrente de seu aproveitamento econômico. Podem-se mencionar como exemplos de frutos os grãos dos cereais (arroz, feijão, milho, trigo), o leite do gado, as crias dos animais, a lã da ovelha, os frutos das árvores, dentre outros. Já em relação ao

⁶⁵¹No Direito brasileiro, o Contrato de Concessão caracteriza-se pelo fato de o concessionário, no prazo contratual total de 36 anos, dos quais a fase de produção pode levar até nove anos e a de produção 27 anos, ter direito exclusivo de perfuração e produção na área de concessão, tendo também direito à propriedade do petróleo a partir do ponto de medição, bem como o direito de comercialização. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 460-462.

⁶⁵²Conforme alude RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, esse novo modelo contratual, desenvolvido na Indonésia no início da década de 1960, passou a ser adotado no Brasil a partir das descobertas petrolíferas realizadas em 2006, na Bacia de Santos, onde foram estudadas reservas na área do pré-sal, em volumes muito superiores à estimativa inicial. A regulamentação desse regime contratual deu-se com a Lei 12.351/2011, cujo art. 2º, I dá a seguinte definição técnica: “partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por 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 modelo, o Estado participa do negócio em regime de parceria, por meio de uma empresa estatal e com a participação de empresa privada, em que os custos e investimentos são suportados totalmente pelo contratado/operador. *Op. cit.*, p. 485-492.

⁶⁵³MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 90.

aproveitamento econômico de jazidas minerais não se pode falar de fruto, uma vez que essa riqueza se exaure a cada tonelada retirada do subsolo.

Nessas condições, se da exploração econômica da coisa (bem mineral ou petróleo) resulta alteração de sua essência, diminuindo-se a substância, não se há falar em fruto, mas em outra figura jurídica.

Conforme se demonstrou no capítulo anterior, as riquezas minerais, incluindo-se o petróleo, passaram a ser tratadas em nosso ordenamento jurídico como parte distinta do solo ou do subsolo. Sendo assim inadmissível querer visualizar as jazidas de minério e de petróleo como acessórios do solo ou do subsolo ou como se fossem frutos da substância onde se encontram. Ao revés, o petróleo e os recursos minerais extraídos do subsolo são objeto de propriedade de *per si*.

Mesmo no contrato de partilha de produção (*Production Sharing*), modelo usado como alternativa ao contrato de concessão, a produção é partilhada entre o Estado e a empresa petrolífera. Nesse tipo de contrato, o Estado pode autorizar a empresa contratada a vender a parte do petróleo que lhe ou pode receber ficar diretamente com o produto petrolífero, remunerando o ente estatal. Neste caso, a petrolífera paga os *royalties* e adquire o direito de propriedade sobre aquela parcela da produção⁶⁵⁴.

Portanto, o petróleo retirado passa a ser apropriada pela empresa contratada, que tem a obrigação de pagar a remuneração fixada no contrato⁶⁵⁵.

Detalhando um pouco mais.

Em razão do contrato, a União transfere a propriedade do petróleo à empresa contratada, que se obriga a pagar, em caso de cobrança *ad valorem*, um percentual incidente sobre a produção (calculado por unidade de produção: barril de petróleo), sendo que a transferência da propriedade levada em consideração para fins de fato gerador dessa exação patrimonial⁶⁵⁶.

Como o petróleo é um bem exaurível, que se esgota, ao longo do tempo, à medida que se dá a retirada de cada barril no processo de produção, não há possibilidade de, uma vez extraído, comercializado e consumido pelo processo da queima, restitui-lo ao proprietário.

Maria D'Assunção Costa, em comentários à Lei 9.478/1997, assevera que, por conta do regime jurídico incidente sobre a relação contratual, o produto extraído “passa a ser

⁶⁵⁴OLIVEIRA, Daniel Almeida. *Pré-sal: Novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Disponível em <http://www.agu.br/page/download/index/id/1437979> Acesso em 10.jan.2017.

⁶⁵⁵ Cf. FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Tese defendida junto a Faculdade de Direito da USP, sob o título *Direito Financeiro aplicado ao setor do petróleo*. 2013, p. 52-53.

⁶⁵⁶Nessa relação jurídica, a União figura como sujeito ativo e a empresa como sujeito passivo.

propriedade exclusiva do concessionário para todos os efeitos legais⁶⁵⁷.”

Compartilha da mesma posição Regis Fernandes, afirmando que, em caso de êxito na exploração petrolífera, o regime jurídico impõe ao concessionário as obrigações contratuais, conferindo-lhe, em contrapartida, a propriedade desses bens⁶⁵⁸.

Dessa forma, em virtude do contrato de concessão, impossível se falar em concessão de uso de petróleo, mas sim em transferência de titularidade do bem da União para a empresa petrolífera, sendo essa passagem de domínio o que justifica o pagamento dos *royalties* e das participações especiais.

Na esteira dessa compreensão, Fernando Scaff conceitua *royalty*, para a exploração de recursos naturais não renováveis, como “preço público pago ao proprietário do recurso natural não renovável que for extraído, inserido ou consumido por processo produtivo⁶⁵⁹.”

Conforme se verifica, o *royalty* petrolífero não tem natureza tributária como pensam alguns, mas sim natureza de preço público decorrente da cobrança pela alienação de unidades de seu patrimônio, daí que, como preço, não está adstrito à rigidez dos princípios da legalidade e da anterioridade tributária, podendo ser criado e majorado em qualquer época do ano⁶⁶⁰.

Interessante notar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao RE 228.800, em que uma empresa de mineração litigava contra a União, o Estado do Amazonas e o Município de Presidente Figueiredo, alegando inconstitucionalidade da compensação financeira instituída pela Lei 7.990/1989 e 8.001/1990, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao analisar a natureza jurídica da exação estabelecida no art. 20, § 1º, da CF/88, expressou o entendimento de que a receita pública referida tem caráter de receita patrimonial e não tributária.

Retornando a questão do *royalty* como preço público, Regis Fernandes prefere empregar apenas o termo *preço* e não a expressão preço público, justificando que o emprego dessa terminologia repousa no fato da cobrança decorrer de um relacionamento privado, embora o Estado possa estar do no polo ativo da relação jurídica como credor dessa receita.

Para Regis Fernandes, “O Estado apenas aufere preço, sem qualquer

⁶⁵⁷COSTA, Maria D’Assunção. *Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478/1997*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 216.

⁶⁵⁸OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 387.

⁶⁵⁹SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Minério e Energia: Aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 91.

⁶⁶⁰BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 127.

significação⁶⁶¹.”

Justificando sua posição doutrinária, o autor em destaque acrescenta que o preço público não existe, cedendo lugar, apenas, ao preço, tendo em vista que só se poderia cogitar de preço público quando a relação Estado/particular versa sobre concessão ou permissão de serviço público. Como o contrato de concessão petrolífera não ocorre concessão de serviço, mas transferência de um bem, inadequado falar de preço público. Conclui, no entanto, ressaltando que a distinção é financeira e não jurídica⁶⁶².

Apesar do interessante argumento desenvolvido por Regis Fernandes, não se adere essa posição. Prefere-se, ao revés, adotar o entendimento de que o *royalty* é um preço público pelo fato de que essa cobrança possui algumas características especiais não presentes no preço decorrente de um contrato puramente de Direito Civil, que rege relações entre particulares.

Basta ver que no caso do *royalty*, além da presença do Estado no polo ativo da relação jurídica, constata-se que o valor cobrado dá-se em razão da transferência de um bem dominial (bem público) e não de um bem privado.

Para além desses aspectos, verifica-se que a cobrança do *royalty* decorre de lei que especifica abstratamente o fato gerador - que não pode ser a mesma de quaisquer dos impostos-, a base de cálculo sobre a qual incide a alíquota correspondente, dentre outros critérios legais.

Trata-se, como visto, de uma matéria plenamente regrada pela legislação, de modo a não dá margem à discricionariedade quanto à escolha dos critérios legais que servem para aferição do *quantum* da exação, sendo que a receita obtida pelo Poder Público deverá ser aplicada em finalidades públicas, compatíveis com os propósitos constitucionais, estando os gastos desses recursos sujeitos ao controle do Tribunal de Contas, não apenas no que se refere à legalidade, mas também quanto à legitimidade, à economicidade, à moralidade, dentre outros princípios, face ao disposto no art. 37, *caput* e 70, ambos da Constituição.

⁶⁶¹OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª edi. São Paulo: RT, 2014, p. 307.

⁶⁶²OLIVEIRA, 2014, p. 307.

4.4 Os sujeitos da relação jurídica e o direito aos *Royalties*: quem tem direito a receber os *royalties* petrolíferos?

Pretende-se examinar, nesta seção, à luz da Constituição Federal, a relação jurídica que tem por objeto a alienação do petróleo, enquanto bem público dominial, a fim de se identificar quais são os sujeitos envolvidos nessa relação para, a partir dessa análise, verificar se há identidade entre o conceito de *royalty* e o de compensação financeira.

Quando se lê o texto do §1º do art. 20 da CF/88, à primeira vista, parece que esse texto constitucional versa sobre os *royalties* do petróleo, os quais seriam devidos aos Estados e aos Municípios. Entretanto, uma análise atenta da norma permite identificar que não é disso que se trata.

Vejam-se.

Na leitura apressada, pode-se pensar que o texto em exame trata de uma norma que vincula os Estados e Municípios à titularidade do petróleo e gás natural, na medida em que assegura a compensação financeira a esses entes federados subnacionais em decorrência da exploração petrolífera.

Essa confusão induz a pensar que a compensação financeira prevista no texto constitucional corresponde ao *royalty*. Essa conclusão, todavia, não é verdadeira.

É que a norma que trata da titularidade do petróleo está expressa no art. 20 e seus incisos (V, VI e IX), do Texto constitucional, que estabelece a União como proprietária desses bens e não os entes federados menores.

Considerando que o fundamento que justifica a imposição dos *royalties* repousa no direito de propriedade e o petróleo no Brasil pertence ao domínio da União, então a compensação financeira devida aos Estados e Municípios decorrente da exploração petrolífera não é *royalty*, mas outra categoria jurídica.

O fato é que a União como proprietária do petróleo é quem está legitimada a cobrar essa receita patrimonial, de modo que a norma-fundamento para instituição dos *royalties* petrolíferos encontra-se no art. 20, V, VI e IX, da CF/88, nos quais consta a discriminação dos recursos naturais que compõem o patrimônio da União e não o §1º desse artigo.

Somente estará legitimado a exigir o preço pela exploração de um bem aquele que é seu proprietário de direito, de sorte que a parcela dessa receita distribuída aos entes subnacionais não pode ser tratada como *royalties*, mas sim tão somente como compensação

financeira.

Finca-se aqui o seguinte ponto: não há identidade entre o conceito de *royalty* e o de compensação financeira decorrente de exploração petrolífera. *Royalty* e compensação têm causas diversas e por isso possuem natureza jurídica distinta. São institutos jurídicos diversos.

Empreendido esse esclarecimento, verifica-se assim que a Lei 12.351/2010 não foi elaborada em boa técnica, quando em seu art. 2º, XIII, define *royalties* como “compensação financeira devida aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1º do art. 20 da Constituição Federal.”

Incorreu na mesma impropriedade técnica a Lei 12.734/2012, quando estabelece que “Os royalties correspondem à compensação financeira devida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pela exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição.”

Como visto, à luz da melhor doutrina, os *royalties* não guardam correspondência com o instituto da compensação financeira, devendo essas categorias ser compreendidas separadamente para fins de evitar confusão e aplicação incorreta de seus efeitos.

No capítulo 3 desta tese, quando se analisou acerca da propriedade do petróleo no Brasil, demonstrou-se que se trata de um bem econômico de domínio da União (art. 20, *caput*, da CF/88), o que exclui a possibilidade de Estados-membros e Municípios venham a reivindicar as receitas dos *royalties* como se proprietários fossem dessa riqueza.

Repita-se, a União é a proprietária do petróleo e como tal é quem pode figurar na relação jurídica obrigacional para cobrar do empreendedor (extrator do petróleo) o preço correspondente pela alienação desse bem.

Explica-se o tema no contexto da Teoria do Direito.

A relação jurídica obrigacional que possibilita a cobrança do *royalty* do petróleo dá-se entre dois sujeitos: a) a União titular da propriedade; b) a empresa contratada, que se obriga a pagar a exação patrimonial decorrente da extração do petróleo.

Portanto, a empresa petrolífera assume a obrigação apenas perante a União para quem fica obrigada a pagar os *royalties* em contraprestação à extração desse bem.

Corroborando a exposição que se vem fazendo, traz-se a explicação de Maria Helena Diniz quando analisa a relação jurídica e seus efeitos:

1º) Tem-se uma relação entre sujeitos jurídicos, ou melhor, entre o *sujeito ativo*, que é o titular do direito subjetivo de ter ou de fazer o que a norma jurídica não proíbe, e

o sujeito *passivo*, que é o sujeito de um dever jurídico, é o que deve respeitar o direito do ativo. É imprescindível, portanto, uma relação intersubjetiva, isto é, um liame entre duas ou mais pessoas. Esse vínculo será de sujeição relativa ou específica se o sujeito passivo tiver a obrigação de satisfazer determinado interesse do titular do direito. É o que se dá com o direito de crédito: o devedor deverá pagar sua dívida a certo credor.

(...)

2º) O poder do sujeito ativo passa a incidir sobre um *objeto imediato*, que é a prestação devida pelo sujeito passivo, por ter a permissão jurídica de exigir uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, e sobre um *objeto mediato*, ou seja, o bem móvel, imóvel ou semovente, sobre o qual recai o direito, devido a permissão que lhe é dada por norma de direito de ter alguma coisa como sua, abrangendo, ainda, os seus modos de ser (sua vida, seu nome, sua liberdade, sua honra etc.).

3º) Há a necessidade de um *fato propulsor*, idôneo à produção de consequências jurídicas. Pode ser um acontecimento, dependente ou não da vontade humana, a quem a norma jurídica dá a função de criar, modificar ou extinguir direitos⁶⁶³.

No caso do contrato petrolífero, a exemplo do contrato de concessão, o *sujeito ativo* é a União e não Estados-membros ou Municípios, sendo ela (União) titular de um direito subjetivo, que tem como *objeto imediato* a prestação devida pela empresa contratada, que, na condição de sujeito passivo, obriga-se a pagar os *royalties*⁶⁶⁴, conforme valor acordado (valor com base em unidades de produção).

O fato propulsor, idôneo à produção de consequências jurídicas é o contrato, em uma de suas modalidades (concessão ou de partilha de produção), que tem início a partir da assinatura daquele documento, que tem por objeto a exploração e produção de petróleo.

Agora outra situação distinta é a que diz respeito ao vínculo estabelecido entre a União, titular do bem e credora dos *royalties*, e Estados e Municípios, Distrito Federal e órgãos da administração direta que, em razão do § 1º do art. 20 da CF/88 e da lei, o ente nacional central tem o dever de transferir, aos beneficiários elencados na Constituição e na lei, parcela do montante financeiro arrecadado com a exploração petrolífera.

Essas receitas transferidas pela União aos Estados e Municípios, decorrentes da extração de petróleo, não é própria destes entes federados, mas sim da União, daí que os *royalties* são recursos federais.

No que tange à natureza do vínculo de origem, as receitas públicas são classificadas em originárias⁶⁶⁵, tributárias ou derivadas e transferidas, conforme doutrina de

⁶⁶³DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 534-535.

⁶⁶⁴No ordenamento jurídico brasileiro, os *royalties* do contrato de concessão foram instituídos pelo art. 45, II, da Lei 9.478/1997, devendo ser pago mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início de produção comercial de cada campo petrolífero, conforme estabelece o art. 47 da citada lei.

⁶⁶⁵OLIVEIRA, Regis Fernandes. Aduz o autor que “A receita originária decorre da exploração, pelo Estado, de seus próprios bens ou quando pode exercer atividade sob o que se denomina de direito público disponível.” *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 238.

Regis Fernandes⁶⁶⁶, valendo o registro de que esse modelo classificatório mostra-se mais útil e adequado à realidade brasileira atual, que o tradicional formulado por Baleeiro⁶⁶⁷, que as coloca em apenas dois grupos: as receitas originárias e as derivadas.

Em comentários acerca das receitas transferidas, ensina Heleno Taveira Torres que “O federalismo brasileiro contempla receitas transferidas, que são aquelas arrecadadas por determinado ente e compartilhadas com os demais, no federalismo cooperativo (arts. 157 a 159 da CF)⁶⁶⁸”.

Além dessas, que resultam do patrimônio particular (arrecadação tributária), inclui-se a compensação financeira ou a participação nos resultados de atividades de exploração de petróleo, prevista no § 1º do art. 20 da Constituição.

Para a União, os recursos dos *royalties* classificam-se como receita originária. Já a parcela que a União entrega aos Estados e aos Municípios, em razão da exploração de petróleo, é receita transferida. Pode-se denominá-la, especificamente, de *receita patrimonial transferida*.

É receita transferida porque a fonte é a União e não o Estado-membro, que apenas recebe um recurso decorrente da exploração de um patrimônio que não é seu.

É importante ressaltar que o vínculo jurídico obrigacional que se dá entre a União e a empresa petrolífera privada tem seu fundamento no § 1º do art. 177 da Constituição Federal, que assim prescreve:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos;

(...)

§ 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. (destaques acrescentados).

Para fins de exploração do petróleo, há que celebrar um contrato, com base na lei. Por força desse contrato, a empresa petrolífera passa a assumir obrigações de pagar o valor dos *royalties* à União. Nessa relação jurídica, a companhia petrolífera não assume nenhuma obrigação perante os Estados e Municípios, ainda que “produtores” ou confrontantes, porquanto a obrigação de transferir compensação financeira aos entes subnacionais é do governo central.

⁶⁶⁶ OLIVEIRA, 2014, p. 238.

⁶⁶⁷ BALEEIRO, Aliomar. Fundamentou sua classificação com base em teoria alemã. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 117.

⁶⁶⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: RT, 2014, p. 209.

Assim, quanto á obrigação de pagar *royalties* decore de uma relação jurídica entre poder público e companhia petrolífera (empresa privada). Já a obrigação de transferir parcela das receitas petrolíferas dá-se no plano de outra relação jurídica, envolvendo dois entes públicos: a União, como proprietária do bem; e outro ente público, o ente federado beneficiário das receitas.

Nessa linha de pensar, argumenta Andressa Fernandes que a compensação financeira devida aos Estados e aos Municípios não tem a natureza jurídica de *royalties*, mas de receita transferida.

Para a professora citada, os *royalties* “não são espécie de compensação financeira ou participação no resultado; estas são espécies de receita transferida, enquanto aqueles se constituem em espécie de preço público, devido em contraprestação à alienação de um bem da União⁶⁶⁹.”

Assim, laboram em equívoco aqueles doutrinadores que pensam que a norma constitucional que serve de fundamento para a imposição dos *royalties* do petróleo encontra-se no §1º do art. 20 da CF/88.

Considerando que a regra do § 1º do art. 20 da CF/88 não é uma norma que instituiu os *royalties* petrolíferos, então que espécie de norma esse dispositivo hospeda?

Se bem examinado, o preceito normativo impõe uma obrigação à União. Qual obrigação? A de entregar parcela dos *royalties* petrolíferos aos entes federados nela referidos. Visualizada a norma da perspectiva dos entes federados beneficiários, verifica-se que possuem um direito de natureza financeira, daí poderem exigir do credor a parcela que lhes cabe.

Trata-se de uma relação jurídica entre a União e entes federados, cujo objeto da obrigação é a transferência de parcela da receita petrolífera.

Com essa demonstração, chegar-se à conclusão de que a norma em comento constitui-se em regra de repartição federativa de receita petrolífera, no plano espacial vertical⁶⁷⁰, e não de norma instituidora da exação patrimonial⁶⁷¹.

⁶⁶⁹FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Direito Financeiro aplicado ao setor do petróleo*. Tese defendida perante a Faculdade de Direito da USP, em 2013. Orientador: José Maurício Conti.

⁶⁷⁰O rateio das receitas patrimoniais pode dá-se, dentro do país que arrecada, **no plano especial** - verticalmente, entre níveis de governo da Federação (União para com Estados; União para com os Municípios; Estados para com Municípios), e **horizontalmente**, entre entes federados de mesmo nível e também no **plano temporal**. Nesta última hipótese é o que John Rawls denomina de justiça entre gerações ou justiça intergeracional, que diz respeito ao dever que a geração presente tem para com suas sucessoras, no sentido de garantir nível de bem-estar compatível ou superior ao da geração que a antecedeu, conforme discorre RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 354-355.

⁶⁷¹SCAFF, 2014, p. 160.

Portanto, os *royalties* enquadram-se como receita originária da União, que está obrigada a transferir parcela desses recursos aos entes federados.

Ora, seria uma irracionalidade pensar que essa norma (art. 20, §1º), versa sobre *royalties* do petróleo, pois essa receita só é devida a quem se encontra na condição de proprietário do bem, que por sua vez pode aliená-lo.

É de se esclarecer que nessa norma constitucional estão presentes duas espécies de incidência de *royalties*: a) a primeira, diz respeito à compensação financeira; b) contem comando relativo à participação nos resultados.

5 A PARTILHA DOS *ROYALTIES* PETROLÍFEROS NO FEDERALISMO BRASILEIRO: ANÁLISE EM TORNO DO NOVO REGIME DISTRIBUTIVO DA LEI 12.734/2012

5.1 Considerações iniciais: o novo sistema de distribuição dos *royalties* petrolíferos é constitucional?

A questão da partilha dos *royalties* petrolíferos tem gerado acirrado debate no meio jurídico brasileiro e preocupante dissídio entre as unidades federadas, principalmente após o advento da Lei 12.734/2012, que promoveu novo arranjo quanto à partilha dos *royalties* petrolíferos marítimos - os *royalties* do petróleo do pré-sal.

De antemão consigna-se que a Lei 12.734/2012, ao estabelecer um novo arranjo normativo para a repartição dos *royalties* petrolíferos da área do pré-sal (*royalties* marítimos), possibilitou que todos os entes federados participem da partilha dessa receita patrimonial (rateio no espaço ou federalismo fiscal), criando condições objetivas para redução de distorções financeiras ocorrentes em nossa Federação e, bem assim, despontando como instrumento que busca estabelecer uma igualização dos padrões de vida no território nacional.

A polêmica sobre a matéria gira em torno de saber se os dispositivos da Lei 12.734/2012, que estabeleceram novo sistema de distribuição dessa receita patrimonial da União, são inconstitucionais como sustentam certos juristas e os Governadores dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo ou, ao revés, se a nova forma de partilha é plenamente compatível com os contornos da Constituição Federal, que aponta para um federalismo de cooperação⁶⁷², norteado pela ideia de justiça social, radicada na tese de sociedade como um sistema equitativo e permanente de cooperação social⁶⁷³.

⁶⁷²O federalismo de cooperação funda-se em valores morais de solidariedade e de concretização de equalização das condições sociais igualitárias, donde resulta a obrigação dos Estados mais fortes prestarem ajuda, dentro de determinados limites, aos Estados federados mais fracos (cooperação horizontal) e também no dever de o Governo central (União) distribuir os recursos equitativamente para manter o equilíbrio financeiro da Federação (cooperação financeira vertical). JÜRGEN SCHWABE. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Henning; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo, Paraguai: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 824-825.

⁶⁷³A ideia de sociedade como um sistema permanente de cooperação social foi desenvolvida por RAWLS, John, conforme se discorreu no capítulo primeiro. Nessa ideia nuclear cada cidadão possui igual valor e merece igual consideração, cujo fundamento encontra raízes na concepção kantiana da dignidade ínsita em cada ser humano. In: *Justiça como equidade: Uma reformulação*. Os fundamentos da justiça social encontram lastro nas ideias de DWORKIN quando versa sobre a distribuição dos recursos, baseado nos valores liberdade e igualdade. DWORKIN, *A virtude soberana*: p.

O objeto específico de análise deste trabalho relaciona-se à partilha dos *royalties* decorrentes da exploração do petróleo do pré-sal, em que a disputa federativa por esses recursos foi acirrada no Congresso Nacional e transformou-se em litígio judicial, com ações propostas no Supremo Tribunal Federal.

A princípio, afirma-se que a Lei 12.734/2012 apresenta-se em conformidade com os mais altos valores albergados na Constituição Federal de 1988, pois esse instrumento legal agasalha conteúdo nitidamente de justiça distributiva, na exata medida em que trata os entes federados subnacionais (Estados e Municípios) de modo igualitário, promovendo equalização financeira, visto que partilha de modo mais equânime a receita patrimonial oriunda da exploração de um patrimônio que deve servir para melhorar as condições de vida de todos os brasileiros.

Nesta primeira aproximação, de modo sintético, far-se-á uma comparação entre o regime de distributivo anterior ao da Lei 12.734/2012 e o depois para demonstrar a consistência do que se afirma, deixando-se para discorrer com mais minudência sobre a matéria em linhas posteriores.

Esclarece-se, desde logo, que antes da Lei 12.734/2012 não havia previsão para o regime de contrato de *partilha de produção*, por isso inexistia *royalties* para esse contrato.

Com a regra da nova Lei, na hipótese de contrato de partilha de produção marítima (*royalties* marítimos⁶⁷⁴), aos Estados confrontantes cabem 22% (vinte e dois por cento). Para os demais Estados assegurou-se o montante de 24,5%, que deverá ser distribuído entre todos, mediante partilha pelo sistema do Fundo de Participação dos Estados (FPE), consoante art. Lei 42-B, da 12.734/2012⁶⁷⁵.

Na hipótese de exploração terrestre (*on shore*), também inexistia no regime anterior. Já a nova Lei ao prever a contratação em regime de partilha de produção (art. 42-B, I, a, c e d⁶⁷⁶), distribui os *royalties* da seguinte forma: 20% (vinte por cento) para os Estados

⁶⁷⁴Receita decorrente de exploração de petróleo em mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva.

⁶⁷⁵BRASIL: Lei 12.734/2012: “Art.42-B. Os royalties devidos em função de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma: (...) II- Quando a produção ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva: a) 22% (vinte e dois por cento) para os Estados confrontantes; b) 5% (cinco por cento) para os Municípios confrontantes; c) 2% (dois por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela ANP; **d) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal**, se foro o caso, de acordo com os seguintes critérios:” (destaque adicionado)

⁶⁷⁶BRASIL: Lei 12.734/2012: “Art. 42-B Os royalties devidos em função de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma: I- quando a produção ocorrer em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais: **a) 20% (vinte por cento) para os Estados ou o Distrito Federal, se for o caso, produtores;** b) 10% (dez por cento) para os Municípios produtores; c) 5% (cinco por

produtores e 10 % (dez por cento) para os Municípios produtores, estabelecendo ainda que 25% (vinte e cinco por cento) deverá constituir o fundo especial, a ser distribuído entre Estados e Distrito Federal.

Quanto aos *contratos de concessão* para exploração marítima, a nova Lei também introduziu novo arranjo distributivo, que se pauta no princípio do federalismo de cooperação, informado, por seu turno, pelos fundamentos da justiça distributiva, pois agora, da parcela que representar 5% da produção, cabe aos Estados produtores 20% (vinte por cento) e não 30% como antes, conforme art. 48, II, a e d, da Lei 12.734/2012⁶⁷⁷.

Mais a mudança vai além.

Ainda no campo do contrato de concessão, o novo regime estabelece que 20% (por cento) da receita petrolífera marítima constituirá o *fundo especial*, a ser distribuído entre os Estados e o Distrito Federal, o que revela o fim de promover *justiça distributiva* no federalismo cooperativo.

Para fins de possibilitar uma visão ampla das mudanças introduzidas pelo instrumento legal em análise, apresenta-se, em linhas subsequentes, um espelho mostrando como ficou com o novo sistema de rateio (Quadro 4):

cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); **d) 25% (vinte e cinco 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:” (destaques adicionados).

⁶⁷⁷BRASIL: Lei 12.734/2012: Art. 48. A parcela do valor dos royalties, previstos no contrato de concessão, que representar 5% (cinco por cento) da produção, correspondente ao montante mínimo referido no §1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios: (...); II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva: **a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes**; b) 17% (dezesete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas (...); c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque (...); **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:”(grifos adicionados).

Quadro 4 - quadro-resumo: transferências diretas e indiretas dos *royalties* petróleo⁶⁷⁸ Rateio de receitas – Transferências diretas

Royalties Terrestres				Royalties Marítimos		
	Partilha	Concessão 5% obrigatória	Concessão entre 5% e 10%	Partilha	Concessão 5% obrigatória	Concessão entre 5% e 10%
Estados Produtores ou Confrontantes	20% *A norma anterior não tratava	70%	52,50%	22%	20%	20%
Municípios Produtores ou Confrontantes	10% *Norma anterior não tratava	20%	15%	5%	17% (em 2019 = 4%)	17% (em 2019 = 4%)
Municípios Afetados	5%	10%	7,5%	2%	3%	3%
Rateio pelo sistema FPE adaptado	25%	Zero	Zero	24,5%	20% (em 2019 = 27%)	20% (em 2019 = 27%)
Rateio pelo sistema FPM adaptado	25%	Zero	Zero	24,5%	20% (em 2019 = 27%)	20% (em 2019 = 27%)
	Norma Atual	Norma Anterior	Norma Atual	Norma Anterior	Norma Atual	Norma Anterior
Estados Confrontantes	22%	Não tratava	20%	30%	20%	22,50%
Municípios Confrontantes	5%	Não tratava	17% (em 2019 = 4%)	30%	17% (em 2019 = 4%)	22,50%
Municípios Afetados	2%	Não tratava	3%	10%	3%	7,5%
Rateio pelo sistema FPE adaptado	24,5%	Não tratava	20% (em 2019 = 27%)	10%	20% (em 2019 = 27%)	7,5%
Rateio pelo sistema FPM adaptado	24,5%	Não tratava	20% (em 2019 = 27%)		20% (em 2019 = 27%)	
Fundo Social da União	22%	Não tratava	20%	Zero	20%	Não tratava
Ministério da Marinha	Zero	Não tratava	Não trata	20%	Não trata	15%
Ministério da Ciência e Tecnologia	Zero	Não tratava	Não trata	Não tratava	Não trata	25%

Fonte: SCAFF (2014).

⁶⁷⁸Cf. SCAFF, Fernando FACURY, que apresentou o espelho reto transcrito em artigo jurídico publicado sob o título Federalismo fiscal patrimonial e fundos de equalização: O rateio dos royalties do petróleo no Brasil. In: *Direito Financeiro, Econômico e Tributário: Estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; SCAFF, Fernando Facury (Org.). São Paulo: Quatier Latin, 2014.

Em linhas gerais, como se demonstra nesta primeira aproximação, o novo arranjo distributivo implantado pela Lei 12.734/2012 procura corrigir desvirtuamento do federalismo brasileiro, que, até então, em matéria de distribuição das receitas petrolíferas, favorecia sobremaneira os Estados confrontantes, contribuindo para polarização desses recursos públicos nas regiões petrolíferas, a configurar situação de injustiça financeira e social.

No que se refere aos *contratos de concessão* para exploração terrestre (*royalties* terrestres), não houve alteração do sistema de partilha, pois o percentual para os Estados e Municípios produtores permaneceu o mesmo, ou seja, 70% (setenta por cento) para o ente onde ocorrer a produção, conforme prevê o art. 48, I, a e b, da Lei 9.478/1997. Nesta hipótese, portanto, não se falar em perda.

Vale anotar que a única mudança operada no regime de concessão, por sinal, extremamente benéfica para a sociedade como um todo, foi quanto à vinculação de uma parcela dos recursos que antes era atribuída ao Ministério da Marinha passou, já agora, para compor o Fundo Especial, cujos valores serão distribuídos entre Estados e Municípios não produtores (Cf. art. 48, II, e, da Lei 9.478/1997, com a alteração dada pela Lei 12.734/2012).

No regime anterior, não havia a hipótese do regime de *partilha de produção*, introduzido pela Lei 12.351/2010, que recebeu um tratamento mais adequado pela Lei 12.734/2012, na medida em que estabeleceu, para os *royalties* terrestres, o seguinte esquema distributivo: 20% para os Estados produtores; 10% para os Municípios produtores; 25% para o Fundo Especial a ser distribuídos entre os entes não produtores (art. 42-B, I, a, b e d, da Lei 12.351/2010).

Considerando que não havia esse regime de partilha, os *royalties* a serem rateados, pelo novo regime distributivo, ao contrário de tirar receitas, estarão agregando novos recursos aos entes federados produtores, como também aos não produtores⁶⁷⁹.

Como se falar de perda do que não se tinha no sistema anterior?

Quanto aos *royalties* decorrentes de exploração marítima, a modificação realizada pela Lei 12.734/2012 foi bastante significativa, porém segundo um sistema distributivo de conformidade com os parâmetros do federalismo de cooperação, que, iluminado por princípios de justiça distributiva, busca corrigir distorções geradas por contingências naturais, como é o caso da distribuição aleatória do petróleo pela extensão marítima brasileira.

Não se pode olvidar que uma inadequada distribuição dos *royalties* petrolíferos acaba por agravar as disparidades regionais e sociais no país, o que é absolutamente contrário

⁹²SCAFF, Fernando Facury. *Federalismo Fiscal Patrimonial e Fundos de Equalização: O rateio dos royalties do petróleo no Brasil*. São Paulo: Quatier latin, 2014, p. 192-193

aos escopos do Estado brasileiro, cujo art. 3º da CF/88 estabelece, como Objetivo fundamental do Estado, a busca permanente pela redução das desigualdades socioeconômicas entre as regiões.

Feitas essas ligeiras considerações, verifica-se também, ainda em análise preliminar, que as normas da Lei 12.734/2012, entre outros aspectos a serem examinados adiante, apresentam um conteúdo alinhado com um modelo de federalismo benéfico para todos os brasileiros, pois instituição do Fundo Especial propicia o rateio dos *royalties* entre todos os demais Estados da Federação, de forma a permitir que todos os Estados participem desse fundo, que será partilhado pelo sistema de transferência indireta, segundo o critério do Fundo de Participação dos Estados adaptado ao propósito normativo.

A matéria é objeto de ações diretas de inconstitucionalidades, propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF), destacando-se a ADI 4916, ajuizada pelo Governador do Estado do Espírito Santo e a ADI 4917/DF de autoria do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que sustentam que aquele instrumento legal, aos estabelecer novo arranjo distributivo das receitas petrolíferas, conteria inconstitucionalidades⁶⁸⁰.

Para os entes federados confrontantes seus direitos teriam sido violados, pelo que defendem terem direito de que seja mantido o regime jurídico anterior, ou seja, o regime adotado antes do advento da Lei 12.734/2012⁶⁸¹.

Essa controvérsia foi objeto de ações judiciais propostas perante o Supremo Tribunal Federal, em que um dos pontos da discussão gira em torno de qual deve ser a correta interpretação a ser dada ao texto normativo em referência.

Em análise acauteladora, a Ministra Carmem Lúcia do STF determinou a suspensão dos efeitos da Lei 12.734/2012, cujos pontos que embasaram a decisão serão examinados neste capítulo.

Na argumentação esposada na inicial do Governador do Rio de Janeiro, acolhidas na decisão liminar, o Autor sustenta que o Poder Legislativo Nacional teria inobservado limites constitucionais:

- a) ao determinar critérios determinantes de compensação a todos os Estados e Municípios, sem considerar a natureza indenizatória dos *royalties*, do que decorre que aquele que não sofre danos não tem direito a receber para permanecer indene

⁶⁸⁰ Além dessas ações, outras foram propostas, como a ADI 4.018/2013, proposta pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a ADI 4.020/2013, ajuizada pelo Estado de São Paulo em 15.03.2013, sem se falar nos entes que ingressaram na condição de *amicus curiae*, havendo relatos de que quatorze estão nessa condição.

⁶⁸¹ Os dispositivos que foram objeto de ataque pelos Governadores do Rio de Janeiro e Espírito Santo são os seguintes: art. 42-B; 42-C; 48, II; 49,II; 49-A; 49-B; 49-C; 50;50-A; 50-B; 50-C; 50-D, todos da Lei 9.478/97, modificados pela Lei 12.734/2012 e ainda art. 42 e parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art. 42-C e do inciso IV e do parágrafo primeiro do art. 49 da Lei 12.351/2010.

(não há o que indenizar);

b) retirando dos Estados e Municípios recebedores, por direito, - segundo alegação posta na peça inicial da ação -, valores que lhes são devidos para serem repassados a quem não dispõe do direito constitucional a esse recebimento;

c) ao provocar ou permitir o enfraquecimento de algumas entidades federadas em benefício de outras, em afronta às normas constitucionais (máxime ao regime fixado a partir das balizas definidas nos arts. 20, § 1º e al. b do inc. X do § 2º do art. 155 da Constituição), o que agrediria o princípio federativo, em sua formulação constitucional, não podendo ele ser alterado pelo legislador ordinário⁶⁸².

Nessa decisão monocrática há entendimento de que o pagamento dos *royalties* do petróleo, na forma como vinham sendo tratados até então, compõem o pacto federativo originário da Constituição de 1988, decorrente de acordo encetado na Assembleia Nacional Constituinte como compensação ao regime do ICMS incidente sobre petróleo que passou a ser baseado no destino e não na origem.

Na esteira da decisão liminar, consta que “O direito das entidades federadas, Estados e Municípios, constitucionalmente assegurado, decorre de sua condição territorial e dos ônus que têm que suportar ou empreender pela sua geografia e, firmado nesta situação, assumir em sua geoeconomia, decorrentes daquela exploração⁶⁸³.”

Ainda em seus fundamentos cautelares, argumenta-se que o recebimento de parcela dos *royalties* pelos entes federados, que não os situados nas condições territoriais constitucionalmente descritas no § 1º do art. 20 da CF/88, importa em perda financeira e jurídica aos Estados e Municípios confrontantes.

O texto do dispositivo constitucional em debate apresente a seguinte formulação:

Art. 20. São bens da União:

(...)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração do petróleo ou do gás natural, de recursos hídricos para fins 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 problemática federativa que envolve a interpretação desse texto constitucional concentra-se, basicamente, no dilema entre repartir as receitas petrolíferas em uma das seguintes hipóteses:

a) apenas com os entes da Federação tidos como “produtores” ou confrontantes, com base em critério territorial estabelecido no § 1º do art. 20 da CF/88;

b) entre todos os entes federados, em homenagem ao princípio federativo de

⁶⁸²BRASIL, STF: adi 4917/DF, p. 11.

⁶⁸³BRASIL, STF: adi 4917/DF, p. 21.

cooperação.

Para o deslinde interpretativo da questão enfrentar-se-á uma problema preliminar que consiste em discernir o que o verdadeiramente o texto do §1º do art. 20 da CF/88 normatiza, ou seja, perquire-se que espécie de relação jurídica ele trata e quais os sujeitos dessa relação.

Nessa órbita, indaga-se se essa norma cuida efetivamente de *royalties* petrolíferos e de sua respectiva partilha na Federação ou se seu conteúdo regula outra categoria jurídica.

Na busca da resposta, indaga-se se a expressão “compensação financeira por essa exploração” corresponde à exação patrimonial a que se denomina por *royalty* minerário e do petróleo ou se tais signos linguísticos estão associados a outro instituto jurídico.

De modo mais direto: o *royalty* petrolífero é o mesmo que compensação financeira?

Existe alguma correlação e identidade entre o conceito de compensação financeira com o conceito de *royalties* do petróleo?

Busca-se também saber qual é o fundamento que justifica a cobrança do *royalty*. Compensação ambiental? Compensação socioambiental? Compensação política?

Constata-se, *prima facie*, que a compreensão da matéria requer que se analise detidamente o art. 20 da CF/88, tanto o texto do *caput*, quanto os incisos V, VII, IX e seu parágrafo primeiro, para o fim de se identificar que espécies de relações jurídicas estão presentes no texto e quais sujeitos estão envolvidos na teia normativa em exame.

A resposta a essas indagações demandam uma análise mais cuidadosa. É o que se propõe a fazer em linhas subsequentes.

5.2 É admissível interpretar a distribuição dos *royalties* (art. 20, §1º, CF) conjugado com a tributação do ICMS (art. 155, § 2º, X, b, CF/88)?

Neste tópico, far-se-á uma análise detida para se verificar se é possível e justo, no sistema jurídico pátrio, realizar-se uma interpretação que vincule o recebimento de *royalties* do petróleo com a tributação do ICMS, ao argumento de que o regime de tributação desse imposto no destino para incidência de petróleo, combustível e lubrificantes, conforme determina o art. 155, § 2º, X, b, da CF/88, geraria perda de receita aos entes produtores de petróleo.

Há uma corrente de intérpretes que argumenta, em linhas gerais, que a interpretação conjugada dessas normas é inarredável, uma vez que a opção pelo regime de tributação no destino para o ICMS, quando as operações envolvem petróleo, combustível e derivados, importou em perda de receita desse imposto para os Estados “produtores” desse recurso natural.

Na decisão liminar dada na ADI 4917/DF, realizou-se essa espécie de interpretação descabida, afirmando-se que a norma do § 1º do art. 20 da CF/88 deve ser interpretada de modo conjugado com a regra da desoneração do ICMS, inserida na alínea “b” do inc. X do § 2º do art. 155 da CF/88, pois a interpretação vinculada possibilitaria manter-se a integridade do sistema tributário brasileiro, estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Segundo essa interpretação, a norma do §1º do art. 20 da Constituição teria garantido aos entes subnacionais “produtores” de petróleo a compensação financeira ou participação no resultado da atividade petrolífera como medida para compensar perdas da desoneração tributária de ICMS⁶⁸⁴ para as operações interestaduais sobre petróleo, combustível e lubrificantes⁶⁸⁵, pois a CF/88 adotou o regime do destino e não da origem do produto, para fins de incidência e arrecadação daquela exação.

Para os Estados “produtores” a adoção desse regime lhes impôs perdas tributárias, o que acaba por alterar o modelo tributário aprovado na Assembleia Nacional Constituinte, enfraquecendo, por conta disso, o equilíbrio federativo.

Nas palavras lançadas na decisão cautelar, a Lei 12.734/2012 estaria promovendo, tácita e indiretamente, alteração do sistema tributário, por isso que:

a regra da al. b do inc. X do § 2º do art. 155 da Constituição do Brasil estabelece regime que se compõe com a interpretação e aplicação do § 1º nos termos legislados antes da alteração agora promovida. Estados e Municípios titulares do direito à participação no resultado da exploração de petróleo e gás natural ou compensação financeira por essa exploração teriam diminuído os recebimentos decorrentes da aplicação desse dispositivo e não teriam sido beneficiados com o que lhe é negado constitucionalmente quanto ao ICMS⁶⁸⁶.

Pelo exposto na decisão, a interpretação da regra do §1º do art. 20 da CF/88 teria

⁶⁸⁴ICMS: imposto incidente sobre as operações mercantis. Mais precisamente: Operações mercantis que provoquem circulação jurídica de mercadoria, conforme ressaltam Ataliba e Giardino. ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. In ICM e circulação jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 144. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abr./jun.1981, p. 227-228.

⁶⁸⁵O regime de tributação no Estado destino se dá quando a imposição tributária, no caso ICMS, ocorre no estado de destino da mercadoria e não no ente federado que produziu a mercadoria, considerado de origem. Assim, ao não ser tributado no Estado de origem, a mercadoria será no de destino. GASSEN, Valcir. *Tributação na origem e no destino*: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63-64.

⁶⁸⁶STF: Decisão liminar na ADI 4919/DF, p. 26.

que ser realizada de modo conjugado com a norma que estabelece a desoneração tributária do ICMS para operações interestaduais envolvendo petróleo, combustível e lubrificantes.

Na linha de entendimento dos autores da ADI 4916 e da ADI 4917, a Constituição Federal assegurou aos Estados e Municípios ditos “produtores” as compensações financeiras advindas da exploração de petróleo e, por outro lado, teria assegurado aos Estados e Municípios não produtores a receita do ICMS incidente sobre operações envolvendo petróleo, combustível.

Entretanto, essa lógica argumentativa, aparentemente parece sedutora, não resiste a uma análise crítica severa, posto não haver consistência em seus fundamentos.

Por que o argumento não tem consistência?

É que, em primeiro plano, os argumentos expendidos na liminar da ADI 4917, acolhendo a tese do Governador do Rio de Janeiro, corroborado pelo Espírito Santo parte da falsa premissa de que o regime do destino para o ICMS, aplicável para as operações interestaduais (petróleo, combustível, etc.) seria danosa aos entes federados “produtores” de petróleo.

Para os Governadores desses dois Estados petrolíferos o regime justo seria o da origem.

A quem assiste razão?

Cumprе ressaltar, de início, que a tese dos Estados petrolíferos apresenta um grave problema relacionado à análise sistêmica do federalismo fiscal brasileiro e de sua conformação com os valores albergados na Constituição Federal de 1988.

O equívoco dessa compreensão repousa no fato de não considerarem que o regime do destino, para fins de incidência desse imposto sobre petróleo, lubrificantes e combustíveis, no contexto do federalismo de cooperação, adotado pela CF/88, que se constitui no arranjo jurídico-tributário que melhor satisfaz ao princípio de justiça fiscal e social no Brasil⁶⁸⁷, evitando que a Constituição se torne um instrumento apenas simbólico⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷O regime tributário do destino aplicável ao ICMS, adotado pela Constituição de 1988, para operações mercantis interestaduais envolvendo petróleo, combustível e lubrificantes evita que haja concentração de receita tributária nos Estados “produtores” desse bem econômico, permitindo que se efetive uma melhor distribuição e descentralização dos recursos no âmbito da federação, o que atende ao princípio federativo de equalização horizontal, que procura equilibrar a capacidade financeira dos entes federados do mesmo nível (Estados-membros). Caso fosse adotado o regime de origem, estar-se-ia enfraquecendo a Federação brasileira, na medida em que as receitas tributárias incidentes sobre o petróleo e combustível ficariam concentradas apenas nos cofres dos Estados “produtores”, o que agravaria as disparidades horizontais no federalismo, enfraquecendo a Federação.

⁶⁸⁸Referindo-se ao tema, Marcelo Neves utiliza a expressão “Constitucionalização simbólica”. Um dos objetivos da legislação simbólica, na sua modalidade legislação-álibe, é o de fortalecer a confiança dos cidadãos no governo, no sistema jurídico e político e, de modo geral, no próprio Estado. Essa prática acontece quando o

Explique.

O regime do destino permite que todos os Estados da Federação participem da arrecadação do ICMS incidente sobre petróleo, combustível e lubrificantes, inclusive os Estados produtores. Os consumidores dessas mercadorias encontram-se espalhados por todos os entes federados do Brasil, de modo a democratizar a arrecadação dessa exação fiscal.

A adoção do regime do destino tem o fim de promover o equilíbrio financeiro horizontal ou equalização entre os Estados-membros da Federação brasileira, com vistas a alcançar a equidade e a justiça social.

Com efeito, quanto mais o sistema tributário de um país permitir que os entes federados situados no mesmo nível (plano horizontal, como os Estados-membros) se apropriem das receitas tributárias geradas em seus espaços territoriais melhor será distribuído o “bolo” tributário nacional, criando as condições objetivas para haver mais equilíbrio fiscal e maior capacidade financeira para todos os entes, fortalecendo a Federação⁶⁸⁹.

Adotando-se o regime oposto, isto é, o regime da tributação na origem para o ICMS, nas operações ora consideradas, geraria uma situação perversa no país de manifesta injustiça fiscal e social.

Por quê? Porque a distribuição naturalmente assimétrica do petróleo no país e de sua rigidez locacional⁶⁹⁰ resultaria em duas categorias opostas de Estados-membros. De um lado, os Estados privilegiados (“produtores” de petróleo) e, de outro, os prejudicados, sujeitos à pobreza, em que seus cidadãos seriam considerados subalternos na Federação, pois lhes competiria o papel de meros consumidores de combustível e de lubrificantes, sem nada lhes

legislador, sob pressão popular, elabora a lei, no caso aqui versado a Constituição, apenas para satisfazer as expectativas dos cidadãos, mas sem compromisso de que o texto normativo produza seus efeitos. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 36-37.

Durante a constituinte de 1987-88, os constituintes sofreram pressão dos diversos setores da sociedade civil, porquanto desejosos de um novo paradigma constitucional, que estabelecesse a democracia, a justiça social e os direitos fundamentais, dentre outros. Nesse norte, Marcelo Cattononi menciona que o período de elaboração da Constituição de 1988 foi marcado por amplas mobilizações populares, manifestações, passeatas e protestos em praça pública, com o fim de contribuir com o sistema político-constitucional, visando influenciar para a construção de uma Constituição comprometida com a liberdade, a igualdade, democracia, a justiça social. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: *Constitucionalismo e história do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 207-238.

⁶⁸⁹PRADO, Sérgio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada*. Alemanha, Índia, Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 43-44.

⁶⁹⁰Uma das características do petróleo é o fato de sua *distribuição ser assimétrica* ao longo do território brasileiro e de sua costa marítima, aliado ao fato da *rigidez locacional*, significando que esses recursos não podem ser extraídos fora do local onde se encontram no estado natural (jazidas), ou seja, não é possível extrair o petróleo existente no mar territorial ou na plataforma continental do Brasil fora desses ambientes, diferentemente do que ocorre com o comércio de petróleo e combustível que pode ser negociado nas refinarias, nas distribuidoras e nos inúmeros postos de combustível localizados nas cidades e nas capitais dos entes federados. Cf. SCAFF, *Royalties do petróleo, minério e energia*, p. 43-45

aproveitar em termos tributários.

Ora, essa espécie de discriminação não é possível na Constituição, que confere igualdade entre os Estados no que tange à competência tributária.

Demais disso, o Estado deve tratar todos os seus cidadãos com igualdade, uma vez que um dos valores de nossa sociedade, firmado na Constituição, é o da dignidade da pessoa humana, pelo qual as pessoas são vistas como iguais, no sentido rawlsiano de que “todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades necessárias para envolver-se na cooperação social e participar da sociedade como cidadãos iguais⁶⁹¹.”

Noutro bordo, o regime da tributação na origem provocaria concentração de riqueza nas mãos de alguns poucos Estados produtores, a contribuir para as desigualdades regionais e sociais, gerando, em contrapartida, enfraquecimento da capacidade financeira dos Estados não produtores, a inviabilizar o financiamento de serviços públicos fundamentais, demandados pelos seus cidadãos.

Como se demonstra, o regime da tributação no destino, na hipótese aqui examinada, constitui arranjo jurídico perfeitamente conforme a Constituição e não o inverso.

Assim, quando se examina a questão à luz do princípio de justiça distributiva constata-se que o regime da origem para fins de ICMS é contrário a esse desiderato, pois importa em obstáculo à concretização do princípio-objetivo constitucional que busca a redução das desigualdades regionais.

Utilizemo-nos de uma situação hipotética em que no Brasil não houvesse uma gota de petróleo. Numa situação imaginária como essa não teria o menor sentido o argumento dos entes confrontantes. Seria sem razão de ser a pretensão desses entes, pois mesmo se a produção do petróleo fosse zero no Brasil, ainda assim o regime do destino (ICMS) seria o melhor para fins distributivos na Federação, de modo que não haveria fundamento para vincular ICMS a alguma medida compensatória.

É de se considerar ainda que o Estado produtor de petróleo arrecada o ICMS das vendas de combustível (operações mercantis) que efetua em seu território, pois assim autoriza o sistema tributário brasileiro, conforme art. 155, II, da CF/88, o que permite o equilíbrio federativo, na medida em que possibilita incremento de autonomia financeira.

Veja agora como a tributação do petróleo e combustível era tratada antes da Constituição de 1988.

Pois bem, o combustível era tributado pela União. No debate durante a

⁶⁹¹RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 27.

Assembleia Constituinte houve oposição à transferência dessa tributação para os Estados, ao argumento de que os entes subnacionais não teriam competência técnica para explorar, adequadamente, todo o seu potencial arrecadador, mas essa posição foi vencida.

A realidade mostrou exatamente o contrário, porquanto, quando se compara com o passado, verifica-se que a arrecadação do ICMS incidente sobre o petróleo, combustível e seus derivados melhorou significativamente, favorecendo todos os entes federados e não apenas os entes produtores.

Corroborando essa linha argumentativa, José Roberto Afonso oferece o seguinte esclarecimento:

Não deixa de ser curioso que um dos argumentos técnicos contrários a transferir tal base para a tributação subnacional era o de que as fazendas estaduais não teriam competência técnica para explorá-las e que acabariam não aproveitando todo o potencial arrecadador. Em pouco tempo, aconteceu exatamente o contrário – tais fazendas passaram a concentrar demasiadamente a arrecadação do ICMS em cima das novas bases: em 2010, combustíveis, energia elétrica e comunicações (que, antes da Constituição vigente, eram alcançados apenas pelos impostos únicos federais) responderam por 35,6% da receita nacional daquele imposto e equivaliam a 2,56% do PIB. Só combustíveis geram 15,1% do ICMS nacional, o equivalente a 1,09% do PIB. A crítica, se cabe, é justamente o inverso do que se dizia na época da Constituinte: a máquina arrecadadora estadual passou a explorar, em larga escala, as então novas bases. A carga sobre essas três bases arrecada 4,7% mais do que arrecavam os antigos impostos únicos da União⁶⁹².

Nota-se, pois, que o regime do destino é benéfico para todos os entes federados subnacionais, inclusive para os Estados “produtores” de petróleo, que se beneficiam da arrecadação de ICMS incidente sobre petróleo, combustível e lubrificantes, sendo que o volume dessa receita tributária resultante do novo regime (destino) é muito melhor para todos do que quando vigora o imposto único federal sobre essas operações, de competência da União, cuja arrecadação era apenas de 0,54% do PIB. Portanto, arrecadação de pouca expressão financeira para ser repartida na federação.

Não se pode olvidar que a escolha, pelos constituintes⁶⁹³, do princípio do destino para fins de tributar o combustível (operações interestaduais) em detrimento do regime de origem decorreu de amplo de uma avaliação em que se concluiu ser a melhor opção para propiciar um espaço econômico-político mais equânime, na federação brasileira e está em consonância com a lógica de justiça tributária, “segundo a qual aqueles que custeiam o imposto - os Estados dos consumidores – é que devem se beneficiar com os frutos da

⁶⁹²AFONSO, José Roberto; ALMEIDA, Viviam. *Tributação do Petróleo e Federalismo Brasileiro: a Histórica Oscilação na Divisão da Receita*. Disponível em <<http://hdl.handle.net/123456789/129>>. Acesso em 12.jan.2017.

⁶⁹³Reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, no período de 1987-88.

arrecadação”, como enfatiza a jurista Misabel Derzi⁶⁹⁴.

No comércio internacional, por razões de política tributária, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – recomenda aos países que adotem a lógica do regime da tributação no destino, por isso os países desoneram suas mercadorias nas exportações. Seguindo essa lógica tributária e seus fundamentos, a Constituição Federal em vários dispositivos veda a tributação incidente sobre exportações para o exterior. Convém citar os exemplos a seguir:

Art. 149, § 2º, I, que proíbe a incidência de contribuições sociais e de intervenção no Domínio Econômico sobre receitas decorrentes de exportação;

Art. 153, §3º, III, que estabelece que o IPI não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior;

Art. 155, § 2º, X, “a”, que dispõe que o ICMS não incidirá “sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;”

Art. 156, § 3º, II que preconiza caber à lei complementar, no campo do ISS, excluir de sua incidência exportações de serviços para o exterior. A matéria está regulada na L.C 116/2003 (art. 2º)⁶⁹⁵.

As hipóteses acima mencionadas são suficientes para demonstrar que o regime da tributação no destino não é novidade e que a situação do ICMS, para fins de incidência sobre petróleo e combustível, não é caso isolado no sistema jurídico ou situação extraordinária e sem fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. Ao revés, decorre de fundamento ancorado no federalismo fiscal equilibrado e na lógica da tributação internacional.

Há que ressaltar ainda que o enfraquecimento do federalismo brasileiro tem muito mais a ver com os conflitos tributários entre os Estados, decorrentes de disputas espaciais por investimentos, em virtude da prática de isenções tributárias do ICMS, usadas para atrair empresas privadas para seus territórios.

Esse fenômeno tributário, caracterizado pela rivalidade interestaduais no campo fiscal, chamado no jargão jornalístico de “guerra fiscal”, tem causado fortes impactos negativos na arrecadação de receitas públicas para entes federados que perdem os investimentos, comprometendo o equilíbrio na Federação.

Enfatize-se que o problema da “guerra fiscal” é muito mais complexo do que se imagina, porquanto apresenta causas multifatoriais, na medida em que faz parte de uma lógica perversa do capital na era da globalização econômica, o qual, sem compromisso ético, “viaja”

⁶⁹⁴DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 53.

⁶⁹⁵Explicação elaborada a partir do texto da Constituição Federal de 1988.

leve e desembaraçado⁶⁹⁶, a procura das condições mais favoráveis para investir e tirar seu proveito, com a maior lucratividade possível, como adverte Onofre Batista Júnior:

Os Estados-membros do Brasil, com o objetivo de atrair empresas e investimentos para os seus territórios, vem concedendo benefícios fiscais e praticando sistemática renúncia de receitas. As empresas, guiadas pelo desiderato de lucro, majorado, caminham, em um verdadeiro “jogo de quem dá mais”, para o Estado-membro que oferece melhores possibilidades de lucro. A guerra entre Estados-membros, assim, é apenas uma versão interna da mesma guerra que ocorre entre Estados nacionais no cenário macro. O fenômeno é o mesmo e os efeitos danosos também⁶⁹⁷.

Na sequência de sua explanação, o professor mineiro arremata, mostrando as implicações desse fenômeno econômico no enfraquecimento do federalismo brasileiro, conforme argumenta:

Na “modernidade líquida”, a guerra fiscal é decorrência da fluidez do capital migrante e sintoma da ruptura do pacto social produzido pelo Estado Tributário Distribuidor. Na realidade, a chamada “guerra fiscal” revela uma espécie de captura da esfera governamental pelo capital. Em Estados em desenvolvimento, o fenômeno ode vir agravado pela fraqueza do pacto federativo e pela eventual tendência (histórica) centrípeta de um federalismo frágil de predomínio da União⁶⁹⁸.

Como se vê, as causas do enfraquecimento do federalismo em nosso país estão situadas em outra dimensão muito mais complexa e não nos dispositivos da Lei 12.734/2012 que, ao contrário do que se alega, tem nítido conteúdo de justiça social e de federalismo de equalização financeira entre os Estados e Municípios, vez que visa melhor distribuir as receitas públicas auferidas pela exploração petrolífera, tudo como medida para reduzir desigualdades sociais e regionais.

Além disso, é de se mencionar que a “guerra fiscal” tem relação, de alguma maneira, com a omissão do Governo central quanto à implementação de políticas públicas regionais voltadas para o combate às desigualdades inter-regionais, o que favorece o ambiente para disputas por captura de investimentos privados, como observa a pesquisadora Tania Araújo⁶⁹⁹.

Compartilha dessa mesma compreensão Ricardo Versano, quando sustenta que:

A guerra fiscal é como o próprio nome indica uma situação de conflito na Federação. O ente que ganha - quando, de fato, existe algum ganho – impõe, na

⁶⁹⁶ Nesse tópico frasal, usa-se palavras de BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁶⁹⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: n.102, p. 305-341, jan./jun.2011, p. 337.

⁶⁹⁸ BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 337.

⁶⁹⁹ ARAÚJO, Tania Barcelar. Prefácio ao livro: *Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate*. MONTEIRO NETO, Aristides (Org.). Brasília: IPEA, 2014.

maioria dos casos, uma perda a algum ou alguns dos demais, posto que a guerra raramente é um jogo de soma positiva. O federalismo, que é uma relação de cooperação entre unidades de governo, é abalado. Também a Federação – cara aos brasileiros a ponto de a Constituição conter cláusula pétreia que impede sua abolição – perde⁷⁰⁰.

Nessa linha de ideias, seria muita ingenuidade afirmar que a Lei 12.734/2012 estaria promovendo revogação tácita e indireta do sistema tributário, a comprometer o princípio federativo.

Longe disso!

Em verdade, a Lei 12.734/2012, ao contrário de enfraquecer o federalismo, insere-se no contexto de uma perspectiva de justiça material que visa justamente fortalecer a Federação brasileira, na medida em que procura implementar uma adequada e equânime distribuição das receitas petrolíferas do pré-sal para beneficiar a todos os entes federados com os recursos de uma riqueza que pertence a todos os brasileiros e não apenas aos Estados produtores e confrontantes.

A lei retro mencionada representa um instrumento direcionado a contribuir para o enfrentamento das graves desigualdades sociais e regionais existentes no Brasil, atuando como um adequado arranjo distributivo das receitas públicas e, portanto, em conformidade com os objetivos fundamentais da República, insertos no art. 3º, III, da CF/88⁷⁰¹.

Ao comentar acerca da relevância do art. 3º da Constituição de 1988, enquanto norma-princípio que obriga o Estado a promover a transformação da estrutura econômico-social brasileira, Gilberto Bercovici enxerga-o como parte dos princípios constitucionais fundamentais, que, dada sua densidade normativa, possui caráter obrigatório, sendo vinculante para todos os poderes públicos, devendo servir assim para conformar a legislação, nortear as decisões judiciais e a governança dos recursos do Estado. Ouçamo-lo:

Os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos, ou seja, conformam a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los.

(...) Os princípios constitucionais fundamentais, como o artigo 3º da Constituição de 1988, são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais.

⁷⁰⁰VERSANO, Ricardo. *A guerra fiscal do ICMS: Quem ganha e quem perde*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 1997. Disponível em: <ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td-0500.pdf> Acesso em 10.jan.2017.

⁷⁰¹MONTEIRO NETO, Aristides. *Desigualdades regionais no Brasil: Características e tendências recentes*. <repositório.ipea.gov.br.> Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 2014, p. 18. Disponível: www.portalfederativo.gov.br/biblioteca-federativa/estudos/td-1961-gov-estaduais-e-federacao-por-regiao-e-gastos-.pdf. Acesso: 12.01.2017.

Constitui o artigo 3º da Constituição de 1988 um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro, inclusive as políticas públicas, medidas administrativas e decisões judiciais conformarem-se, formal e materialmente, ao programa inscrito no texto constitucional. **Qualquer norma infraconstitucional deve ser interpretada com referência aos princípios constitucionais fundamentais**⁷⁰². (grifos acrescentados)

Examinada a Lei 12.734/2012 na perspectiva acima destacada, ao fácil, percebe-se que ela não colide com o princípio do federalismo brasileiro, mas, ao revés, constitui-se em instrumento normativo voltado para dar concretude aos comandos do art. 3º da Constituição Federal de 1988, traduzindo-se assim em lei substancialmente de justiça distributiva, uma vez que busca claramente a distribuição equilibrada das receitas públicas e a diminuição das disparidades regionais e sociais.

Não é demais anotar que o federalismo, como sistema de organização política do Estado, pressupõe um arranjo político-jurídico baseado na cooperação entre os entes federados para atingir objetivos comuns. Nesse modelo, o Estado tem uma organização que compreende o governo central e uma variedade de unidades autônomas (governos subnacionais) que devem cooperar em termos fiscais para que a qualidade da prestação de serviços públicos essenciais (saúde, educação, dentre outros) dê-se em condições iguais em todo território nacional, como forma de promover equalização das condições sociais de vida na Federação⁷⁰³.

Acresce-se aos argumentos já expendidos que, no plano da Dogmática jurídica, não há qualquer dispositivo constitucional, nem princípio de hermenêutica, que permita estabelecer vinculação entre o instituto da compensação financeira do §1º do art. 20 da CF/88 e o sistema da tributação do ICMS.

Portanto, uma análise rigorosa do texto do art. 20, §1º da CF/88 afasta qualquer possibilidade de se estabelecer conexão dessa norma com a regra do “b” do inc. X do § 2º do art. 155. Não se pode fazer essa indevida associação normativa para afastar o novo arranjo distributivo dos *royalties* petrolíferos, tal como prescreve a Lei 12.734/2012.

Com essas ponderações, vê-se que a pretensão de se fazer uma interpretação conjugada do §1º do art. 20, da CF/88, com a regrada desoneração do ICMS, revela-se em total desconformidade com os postulados da justiça distributiva consagrados na Constituição Federal de 1988.

Assim, uma adequada análise da distribuição das receitas petrolíferas marítimas

⁷⁰² BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 298-299.

⁷⁰³ BERCOVICI, 2003, p. 156-157.

não autoriza tirar conclusões que desconsidere os objetivos do Estado brasileiro e o modelo de federalismo adotado pela Carta Constitucional, que se pauta em valores morais de justiça social, igualdade entre as unidades federadas, solidariedade, dignidade da pessoa humana, liberdade substantiva e igualdade entre todos os cidadãos brasileiros, que, como tais, têm direito de usufruir, equitativamente, da riqueza nacional.

5.3 Questão correlata: Atividade petrolífera e incremento indireto da receita tributária

Conforme se demonstrou na seção anterior, os Estados produtores argumentam que o regime do destino para o ICMS lhes causou perda de receita tributária, sendo que a parcela dos *royalties* se justificaria como medida de justiça fiscal para compensar essa amputação de receita tributária.

Verificou-se que esse argumento não resiste a crítica apresentada dantes e, além disso, sua inconsistência pode ser demonstrada por outro viés, quando se analise o complexo da cadeia produtiva que a atividade petrolífera impulsiona nos Estados e Municípios produtores.

Ao contrário do que alegam os Estados “produtores”, estudos especializados sobre a matéria revelam que a exploração de atividade petrolífera nesses territórios ou na região marítima de que são confrontantes representa fator benéfico do ponto de vista econômico, financeiro e tributário.

Confirmando essa argumentação, Frédéric Monié, ao proceder análise acerca da instalação da atividade petrolífera em Macaé e na Bacia de Campos, no Estado do Rio de Janeiro, registra que a região teve uma mudança significativa em sua economia até então marcada pela atividade agrícola:

Os novos modos de consumo mudam igualmente o comércio local com a multiplicação de concessionárias de automóveis, de lojas de produtos eletroeletrônicos, e, sobretudo, a construção de *shopping centers* – frequentemente apresentados como símbolos da entrada da modernidade. Do seu lado, as grandes redes de distribuição investem também na região, apostando no crescimento do potencial de consumo decorrente do aumento da renda *per capita* e do desenvolvimento do emprego assalariado⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴MONIÉ, Frédéric. Petróleo industrialização e organização do espaço regional. PIQUET, Rosélia (Org.). In: *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 270.

Embora haja dificuldades para avaliar o potencial de benefícios para o desenvolvimento dos Estados e Municípios petrolíferos, em toda sua dimensão⁷⁰⁵, é possível constatar que esses entes federados acabam se beneficiando economicamente com a exploração petrolífera, face aos investimentos introduzidos na região, gerando, indiretamente, incremento da receita tributária, como aumento de receita de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) para os municípios petrolíferos e o próprio ICMS por ser um imposto incidente sobre o consumo.

O aquecimento da economia e o conseqüente crescimento da base tributária decorrem do fato de a indústria do petróleo compreender uma vasta cadeia produtiva, indo desde os investimentos para exploração e produção⁷⁰⁶, percorrendo as etapas de transporte, refino, distribuição até chegar à etapa da comercialização do petróleo como produto de consumo, situação que exige uma multiplicidade de atividades e de serviços, que se torna mais interessante que a própria receita da compensação financeira ou do *royalty*.

Também no mesmo sentido, Rodrigo Serra e Sérgio Gobetti, que chegam a afirmar que a atividade petrolífera exerce uma importância econômica muito mais relevante para a economia local que a própria compensação ou os *royalties* petrolíferos:

O *lead* “Petróleo, *royalties* e desenvolvimento” abre a oportunidade de, primeiramente, explorar a hierarquia patenteada no ordenamento dos termos: petróleo antecedendo aos *royalties*. Não são poucos os trabalhos de pesquisa que contribuem para a cristalização do falso entendimento de que as rendas petrolíferas conformariam, dentro da cadeia setorial, o principal recurso para proporcionar o desenvolvimento, seja do país seja dos territórios palco do das atividades de produção. De fato, o “petróleo”, leia-se, a cadeia setorial, é muito mais impactante do que as rendas petrolíferas para a promoção do desenvolvimento, seja qual for a escolha sobre esse controverso conceito de desenvolvimento⁷⁰⁷.

Nessas condições, um maior número de atividades decorrentes da exploração petrolífera, a envolver uma multiplicidade de pessoas no processo produtivo impulsionará mais circulação de riqueza e de renda, gerando também maior volume de arrecadação de

⁷⁰⁵PIQUET, Rosélia. Da cana ao petróleo: uma região em mudança. In: *Petróleo, royalties e região*. PIQUET, Rosélia (Org.). Rio de Janeiro: Garamont, 2010, p. 222.

⁷⁰⁶Conforme Rosélia Piquet, nas fases de exploração, desenvolvimento e produção as grandes empresas detentoras do capital para extração da riqueza petrolífera contratam empresas especializadas para realização de serviços de sísmica, perfuração e produção. Na segunda etapa, demanda serviços de transporte, de refino e distribuição, a envolver uma diversidade de profissionais. PIQUET, Rosélia. *Petróleo e desenvolvimento regional no Brasil*. In: MONIÉ, Frédéric; BINSZTOK, Jacob (Org.). *Geografia e geopolítica do petróleo*. Rio de Janeiro: Mauad/FAPERJ, 2012, p. 148.

⁷⁰⁷GOBETTI, Sérgio Wulff; SERRA, Rodrigo Valente. *Petróleo, royalties e desenvolvimento: Brasil e experiências internacionais*. MONIÉ, Frédéric; BINSZTOK, Jacob (Org.). *Geografia e geopolítica do petróleo*. Rio de Janeiro: Mauad/FAPERJ, 2012, p.171.

ICMS indireto e de ISSQN⁷⁰⁸, até porque o aumento de trabalhadores diretos e indiretos nessa atividade aumentará o consumo de bens e de serviços na unidade federada produtora.

5.4 O argumento do dano ambiental serve para justificar a partilha dos *royalties*?

A pergunta a ser respondida nesta seção é a de se saber se a compensação financeira assegurada no art. 20, §1º, da CF/88 tem por fundamento reparar os entes federados “produtores” e confrontantes às reservas petrolíferas por danos ambientais efetivos ou potenciais.

Noutro ângulo, existe alguma correlação entre o risco ambiental da atividade petrolífera e a compensação financeira assegurada aos entes federados beneficiados pelos *royalties*?

Há quem afirme que sim, como Flávio Rubenstein⁷⁰⁹ para quem a exploração de recursos naturais não renováveis, embora proporcione empregos e desenvolvimento local, também pode causar impactos ambientais e sociais negativos, o que fundamenta a exigência de uma contrapartida financeira para reparar os potenciais danos ambientais⁷¹⁰.

Para esse autor, além da externalidade ambiental, as atividades de exploração de minérios e petróleo impõem às comunidades locais riscos sociais, uma vez que essas atividades atraem movimentos migratórios intensos em virtude do potencial econômico⁷¹¹.

Em sentido similar, em obra sobre o tema, Claudio Madureira posiciona-se com o argumento de que a retribuição financeira prevista na regra do art. 20, §1º da CF/88 tem por fim *compensar* ou *indenizar* os Estados e Municípios afetados pela exploração de determinados recursos naturais pelos “reflexos dessa atividade econômica sobre suas contas públicas e sobre o modo de vida de suas respectivas populações.”⁷¹²

Contudo, perquire-se: É possível estabelecer uma vinculação entre a instituição da compensação financeira do art. 20 § 1º da CF/88 e o dano ambiental, isto é, entre o risco

⁷⁰⁸O ISSQN corresponde ao imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência do Município, conforme art. 156, III, CF/88. No plano infraconstitucional, esse imposto é regido pela Lei Complementar 116/2003.

⁷⁰⁹RUBENSTEIN, Flávio. *Receitas Públicas de Recursos Naturais no Direito Financeiro*. Tese defendida em 2012 perante Banca examinadora da Faculdade de Direito da USP. Fotocópia adquirida da Biblioteca da referida Instituição, por meio da mestrandia Amália Baki, recebida em endereço residencial, via SEDEX, em 20.01.2017.

⁷¹⁰RUBENSTEIN, 2012, p. 126.

⁷¹¹*Ibidem*, p. 128.

⁷¹²MADUREIRA, Claudio. *Royalties do petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 22.

ambiental e o direito à cobrança dessa receita por parte dos Estados e Municípios produtores?

A União deve indenizar os entes produtores de petróleo por conta de danos e riscos ambientais em seus territórios ou será que a referida compensação tem outro fundamento e cumpre uma função prevalentemente arrecadatória?

Discordando da posição acima exposta, Gustavo Loureiro pontifica que tal argumento não passa de discurso retórico, posto que incompatível com o instituto da indenização que exige a quantificação dos prejuízos sofridos, acrescentando que a expressão dano ambiental funciona, na verdade, como uma expressão coringa para se vincular ao recebimento do dinheiro⁷¹³.

Para Loureiro, não é possível extrair a conclusão de que a compensação petrolífera em exame fundamenta-se no dano ambiental porque essa exação patrimonial tem um percentual fixo, abstratamente definido (plano da lei), e um valor variável, que independe do suposto dano ambiental, além de ser calculado com base no preço do petróleo extraído e não em dano de qualquer natureza⁷¹⁴.

Se o argumento ambiental não se preta como justificativa para se reivindicar os royalties terrestres (*on hore*), quanto mais quando a exploração se dá na plataforma continental, ou seja, com menos razão ainda quando o petróleo é extraído de área fora do território do Estado-membro ou Município.

Nesse compasso, tem-se que o discurso ambiental não pode ser o fundamento para impor à União a obrigação de transferir parcela dos royalties aos entes federados produtores ou confrontantes, nem tampouco para justificar a manutenção de distribuição que não é moralmente justa, na medida em que não promove equalização federativa e nem confere concretude ao princípio da igualdade distributiva como ideal político do Estado brasileiro.

Em verdade, a compensação financeira auferida pelos Estados produtores tem assumido um fim primordialmente arrecadatório, desde a sua origem, sem qualquer nexo com a dimensão ambiental ou social.

Poder-se-ia argumentar ainda que os problemas ambientais são recíprocos, atingindo todos os entes federados e não apenas os produtores de petróleo, uma vez que as unidades federativas que arrecadam o ICMS incidente sobre combustível também sofrem esses problemas e, talvez mais, graves, tendo em vista a poluição gerada pela queima desse

⁷¹³LOUREIRO, Gustavo. *Participações governamentais na indústria do petróleo e dos recursos minerais – Evolução normativa*. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 2012, p. 105-107.

⁷¹⁴LOUREIRO, 2012, p. 106-110.

produto, gerando a emissão de gases tóxicos⁷¹⁵.

Considerando, que cabe aos Estados de destino do combustível a responsabilidade de prestar serviços públicos para cuidar dos efeitos da poluição ambiental urbana, tais como serviços de saúde pública e de fiscalização ambiental, dentre outros, não faz sentido argumentar que a CPMF se justifica para reparar danos ambientais nos Estados e Municípios produtores.

A constatação de que o argumento ambiental constitui-se tão somente um recurso de retórica, sem qualquer aderência à realidade, fica mais evidenciado quando se analisa a petição da ADI 4.917, proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, em que o autor da ação afirma que 5% (cinco por cento) do valor total da receita petrolífera arrecadada daquele ente federado vai para o Fundo Estadual de Controle do Meio Ambiente (FECAM)⁷¹⁶.

Na sustentação desse argumento ambiental o Governo do Rio, ao afirmar a importância da tutela ambiental, aduz que aquele Estado tem uma incumbência protetiva nessa área, tanto para com os seus atuais e futuros habitantes, “a qual só poderá ser cumprida se houver recursos suficientes⁷¹⁷”.

A prática do Governo, entretanto, demonstra que a preocupação ambiental não é a prioridade da Administração Estadual. E mais, mostra que a aplicação dessa receita patrimonial não se relaciona com a necessidade de reparar danos ambientais decorrentes da exploração de petróleo, como se vê de sua própria petição constitucional.

A confirmação da assertiva aqui expendida fica mais acentuada quando se analisa o item 12 da petição interposta pelo Governador do Rio, quando argumenta que parcela significativa dessa receita é usada para amortizar dívida do Estado junto à União, além de mencionar sua utilização para equilibrar as contas do RIOPREVIDÊNCIA, autarquia responsável pelo pagamento dos benefícios de aposentados e pensionistas do setor público estadual.

Em matéria jornalística, o jornal O Globo, edição de 26.01.2016, informa que o Estado do Rio usará 85% (oitenta e cinco por cento) dos *royalties* do petróleo e gás para pagar quitar dívidas antigas, referente às parcelas de cinco operações financeiras, realizadas entre de 1999 e 2014, o que corresponde ao montante de 3,5 bilhões de reais que saíram dos cofres do

⁷¹⁵Cf. argumentam DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Royalties do petróleo e o equilíbrio federativo: Reflexões sobre a Lei 12.734/2012 e a ADI 4.917*. In: *Federalismo, justiça distributiva e royalties do Petróleo*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 52.

⁷¹⁶BRASIL, STF - ADI 4917. No item 29, parte final, p. 33, o autor da ação diz expressamente: “É bem de ver, a esse propósito, que 5% do valor total arrecadado com royalties vai para o FECAM (Fundo Estadual de Controle do Meio Ambiente). Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 10.10.2016.

⁷¹⁷BRASIL, STF - ADI 4917, p. 33.

Estado para esse fim⁷¹⁸.

O que sobra para o meio ambiente? Onde a vinculação desse recurso na tutela do meio ambiente?

E o que dizer das compensações financeiras transferidas aos Municípios que servem de embarque e desembarque de petróleo, os quais não suportam dano ambiental decorrente da exploração; entretanto recebem parcela dessa receita. Como sustentar o fundamento ambiental?

Como se demonstra, o argumento de caráter ambiental não resiste a uma análise mais rigorosa, por isso não pode ser usado como fundamento para justificar a reivindicação dos Estados petrolíferos de que as receitas dos *royalties* do petróleo vinculam-se à exigência de reparação de danos ambientais.

5.5 Questão conexa: receitas petrolíferas, isenção de ICMS: implicações na capacidade financeira do Estado petrolífero

Além dos aspectos já analisados, a questão da distribuição inadequada da receita petrolífera, concentrada nos Estados produtores, pode concorrer para incremento de receita tributária, como pode induzir ao desinteresse desses entes federados pela arrecadação de impostos.

Nesse aspecto, o momento de euforia induzido pelo recebimento de vultosos recursos financeiros decorrentes da atividade petrolífera pode levar os governos locais a concederem isenção fiscal de forma desmedida, o que pode comprometer suas capacidades financeiras na hipótese de queda brusca do preço do petróleo ou mudança do cenário econômico internacional.

Em importante diagnóstico feito por Michel Ross revela que a receita petrolífera acaba por gerar uma acomodação dos governos quanto ao interesse pela receita tributária. De acordo com suas declarações: “quando os governos arrecadam mais receita de petróleo, eles tendem a responder coletando menos receitas de tributos.”⁷¹⁹,

Para Michel Ross essa relação é desproporcional, isto é, quanto mais receita

⁷¹⁸Jornal *O Globo*, edição de 26.01.2016. Disponível em <oglobo.com/rio/estado-usara-85-royalties-para-pagar-dividas-antigas-205114602> Acesso em 10.01.2017.

⁷¹⁹ROSS, Michel L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. Princeton University Press; 2012, p. 31.

petrolífera, menos esforço ou interesse pela receita dos impostos, tornando-se mais dependentes daquelas receitas patrimoniais⁷²⁰.

Pesquisas de outros estudiosos sobre o tema, como Bornhorst, Gupta e Thornton⁷²¹ corroboram essa assertiva, afirmando esses autores que há uma relação de causa e efeito negativo entre a exploração do petróleo e de recursos minerais e a tributação dos demais setores da economia.

O fato é que a maior fonte de rendas do Estado no mundo moderno advém das receitas tributárias, as quais cumprem um papel relevantíssimo sobre as organizações econômicas, as estruturas sociais, o financiamento dos direitos humanos e, no limite, no destino dos cidadãos de um país, daí se dizer que vive-se a era do Estado Tributário⁷²². Entretanto, nas regiões onde há forte arrecadação de receitas obtidas pela exploração de recursos naturais como o petróleo e os minérios os governos tendem ao menor esforço político quanto à arrecadação da receita tributária⁷²³.

Em resumo, esses posicionamentos confirmam que quando as rendas dos recursos naturais crescem os governos abrandam o esforço pela tributação por disporem das receitas patrimoniais para suportarem as despesas governamentais. Esse pouco interesse pela arrecadação dos impostos pode dá-se pela via da isenção fiscal, como ocorreu no Rio de Janeiro.

Em época mais recente, quando o barril do petróleo estava acima de U\$ 100,00 (cem dólares), com receitas patrimoniais crescentes, o Governo do Estado do Rio de Janeiro concedeu isenção tributária para diversas empresas, fazendo com que esse ente federado entrasse em profunda crise financeira com a queda brusca do preço do barril do produto no mercado internacional.

A esse respeito, bastante esclarecedora a matéria jornalística do jornal O Globo (08/03/2016). Confira-se:

Isenções fiscais do governo do Rio para empresas somam R\$ 138 bilhões, diz relatório do TCE

Mergulhado numa crise fiscal que já afeta a prestação de serviços básicos nas áreas da saúde e educação, o governo do Rio ode ter nos seus livros contábeis parte da explicação para a situação de desequilíbrio nas contas que se arrasta desde o ano passado. Um relatório do Tribunal de Contas do estado (TCE) aponta que o governo

⁷²⁰ROSS, 2012, p. 31.

⁷²¹BORNHORST, Fabian; GUPTA, Sanjeev; THORNTON, *Natural resource endowments, governance and the domestic revenue effort: evidence from a panel of countries*. IMF Working Paper, n. 08/170, 2008, p. 9.

⁷²²SCHUMPETER, A. Joseph. *The economics and sociology of capitalismo*. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 99-141.

⁷²³COELHO, Cristiane. O caráter democrático do orçamento de investimento. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011, p. 267-281.

do Estado deixou de recolher em ICMS cerca de R\$ 138 bilhões entre 2008 e 2013. O valor, fruto das isenções fiscais que o Executivo concedeu a várias empresas, representa mais que o orçamento do Estado para este ano (R\$ 80 bilhões). A Secretaria de Fazenda afirma desconhecer o valor das isenções apontadas pelo tribunal e contesta o relatório do conselheiro.

Com a queda das receitas, reflexo também da desaceleração da economia e da crise no setor de petróleo, a outra ponta do problema nas contas do estado refere-se ao seu crescente endividamento, na avaliação do TCE. Nos últimos cinco anos, a dívida estadual saltou de 59 bilhões para 107 bilhões, ampliando o volume de pagamentos anuais. Todos esses dados consta no relatório produzido pelo conselheiro José Gomes Graciosa, a partir da análise feita pelo corpo técnico do tribunal⁷²⁴.

Baseando-se no relatório do TCE/RJ, constata-se que um dos fatores que o desequilíbrio financeiro de um dos entes da Federação, bastante beneficiado pela receita da exploração de petróleo, tem relação direta com as isenções tributárias concedidas nos últimos anos. Caso esse Estado tivesse realizado a arrecadação do ICMS como deveria, não estaria passando pelo caos financeiro atual.

Segundo notícia do portal G1, postada em 27.10.2016, o Rio deixou de arrecadar 200 bilhões nos últimos anos. Conforme a matéria jornalística, o espectro de empresas beneficiadas pelas isenções fiscais é apontado pelos especialistas como um dos principais fatores que levaram à ruína financeira do governo fluminense.

Essa informação serve para afastar a tese de que a compensação financeira petrolífera deve se mantida nos moldes anteriores ao da Lei 12.734/2012 como forma de manter o equilíbrio na Federação, diante da perda de ICMS decorrente do regime da tributação no destino.

Demonstra-se, então, que o comportamento inadequado dos governos estaduais quanto à arrecadação do ICMS, mediante a prática de isenções de forma desmedida, é que pode comprometer a capacidade financeira do Estado e não o regime da tributação no destino para incidência sobre petróleo, combustível.

Calha, neste instante, fazer referência à liminar condida, no início deste ano, pela Ministra Carmem Lúcia em favor do Estado do Rio de Janeiro, que passa por “estado de calamidade financeira”. Na decisão liminar, a Ministra suspendeu o bloqueio de R\$ 192 milhões das contas do Estado do Rio de Janeiro.

O pedido de bloqueio teve como causa dívida daquele ente federado para com a União. Em seus fundamentos para decidir, a Ministra Cármen Lúcia sustenta que a medida foi adotada para evitar interrupção de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. Entretanto, pergunta-se: Se o Governo do Rio de Janeiro tivesse levado a sério a

⁷²⁴Fonte: Globo.com. Notícia datada de 08.mar.2016. Acesso em 10.jan.2017.

arrecadação do ICMS estariam em “estado de calamidade financeira”?

Então, a prática de incentivos fiscais, com pouca ou sem nenhuma racionalidade, nos governos dos Estados-membros petrolíferos, acaba reduzir o interesse em melhorar a arrecadação do ICMS e de outros impostos.

Assim, o regime do ICMS adotado do Brasil, para operações interestaduais de petróleo e combustível, não é justificativa para que Estados “produtores” e confrontantes sejam necessariamente privilegiados com a distribuição dos *royalties* petrolíferos.

Argumentar que se a patilha dessa receita for entre todos os entes federados, na forma estabelecida pela Lei 12.734/2012, gera enfraquecimento do federalismo brasileiro, é desconsiderar que a causa dessa debilidade federativa está associada a outros fatores, como os efeitos negativos como o endividamento do Estado, a corrupção sistêmica, a concessão indiscriminada de isenção fiscal, a regressividade de nosso sistema tributário, que faz a tributação incidir com mais ênfase sobre o consumo e não sobre a renda e o patrimônio, dentre tantos outros fatores.

5.6 Partilha dos *royalties* e o argumento histórico baseado no “acordo político” na Constituinte: ruptura do pacto federativo?

No debate envolvendo a (in) constitucionalidade da Lei 12.734/2012, há um argumento de um fundo histórico-político, sustentando que, à época da constituinte 87-88, a inserção do texto do art. 20, § 1º da CF/88 teria sido fruto de um “acordo político”, estabelecido para compensar os Estados “produtores” e “confrontantes” de perda tributária, que teria como causa o regime de tributação do ICMS no destino para operações incidentes sobre petróleo, combustível e lubrificantes.

O problema envolvendo essa interpretação remete para a questão de saber até que ponto esse acordo político pode ser considerado parte da Constituição. Remete ainda para outra questão: Será que a vontade do legislador “original” tem o condão de sobrepor-se ao princípio de que a interpretação é um fenômeno social dinâmico⁷²⁵? Será possível interpretar a Constituição sem levar em conta a realidade de hoje do Brasil, que, em vista de investimentos

⁷²⁵DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass./London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 129 e ss. Para o autor, muitos legisladores não compreendem as leis que votam e aqueles que o fazem são quase sempre movidos por seus próprios motivos políticos, tais como agradar aos leitores, os financiadores de campanha, tirar dividendos políticos, dentre outros.

em novas tecnologias aplicáveis à exploração do petróleo, conseguiu descobrir as reservas do pré-sal?

Os que defendem a tese da interpretação histórica⁷²⁶ pretendem encontrar a intenção do legislador por ocasião da elaboração do texto legislativo (*mens legislatoris*), como se esse procedimento possibilitasse compreender os conceitos, institutos e toda trama valorativa implicada no texto normativo.

Todavia, ainda que fosse possível determinar a intenção do legislador quanto ao sentido da norma no passado, não seria possível extrair as conclusões quanto às intenções concernentes à interpretação da norma para o futuro, que pode apresentar situações não cogitadas ou imaginadas pelo legislador originário.

Será que os legisladores da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, ao debaterem sobre a partilha dos *royalties* petrolíferos, levaram em consideração o ideal político do Estado brasileiro, que é o de construir uma sociedade justa, solidária, igualitária, comprometida com a redução das desigualdades sociais e regionais?

Como aceitar o método da interpretação histórica se na arena política, ao tratarem da tributação do ICMS, fizeram dos *royalties* do petróleo uma moeda de troca, de favorecimento, como se esse patrimônio de todo o povo brasileiro pudesse ser objeto de barganha e tratado como bem privado disponível.

Acaso o intérprete está preso ao que o legislador decidiu no passado? Ainda mais quando decidiu sem avaliar o que é melhor para o destino de todos os cidadãos brasileiros, como ocorreu na decisão que tratou da compensação financeira do §1º do art. 20 da CF/88?

Será que a vontade da maioria dos constituintes é o melhor critério interpretativo para resolver um problema de distribuição de recursos públicos, cuja complexidade do tema veio a se manifestar com mais intensidade anos após a elaboração do texto normativo?

Ressalta Miguel de Brito que: “Dizer que a interpretação constitucional deve assentar na intenção dos constituintes porque essa era a sua intenção é o mesmo que dizer que a vontade da maioria é o método apropriado para proceder às decisões coletivas porque a maioria assim decidiu⁷²⁷.”

É de ver que, na época da Constituinte, não se falava em petróleo na camada do

⁷²⁶Esse caminho interpretativo ancorado na história do texto constitucional, baseada no “acordo” político, faz parte do contexto das teorias do originalismo, as quais pretendem encontrar na investigação histórica uma verdade para fundamentar uma solução ao problema. Nessa forma de interpretar, pretende-se achar a intenção original do legislador. Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69-78.

⁷²⁷BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). In: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

pré-sal. Não se tinha dimensão dessa riqueza.

Então, só porque a maioria decidiu daquela forma no passado não se pode mais questionar o método que usaram para enfrentar o problema distributivo, ainda que se manifeste substancialmente injusto?

Pois bem. Para os defensores da interpretação histórica, a correta interpretação do art. 20, § 1º da CF/88, requer que se leve em conta “acordo político”, porquanto fez parte do pacto federativo, de sorte que, por força dessa avença política, apenas os Estados produtores e confrontantes devem ser beneficiados pela partilha dos *royalties*, do contrário haveria quebra do princípio federativo.

Nessa linha de raciocínio, argumentam que, tendo em vista a necessidade de realizar o reparo a uma perda tributária, seria natural e lógico que essa receita patrimonial fosse instituída para compensar essa amputação de receita.

Essa posição argumentativa foi defendida pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do Mandado de Segurança 24.312/DF⁷²⁸, que, em resgate ao debate parlamentar ocorrido na constituinte de 1988, asseverou que, em virtude de entendimento político estabelecido naquela época, concedeu-se aos Estados uma compensação financeira pela exploração de minério, petróleo e potenciais de energia elétrica, como forma de contrabalançar a perda de receita decorrente do regime de tributação do ICMS, que deixou de ser na origem para ser no destino.

Compartilhando desse entendimento Fernando Facury Scaff, após exaustiva consulta aos Diários da Assembleia Nacional Constituinte do ano de 1988⁷²⁹, onde confirmou os debates sobre o anunciado acordo político, exarou: “parece claro o acordo político havido entre os grupos envolvidos visando compensar as perdas com a adoção de um regime jurídico diferenciado com o ICMS no destino, respeitadas todas as ressalvas já feitas quanto à sua validade em termos de direito positivo⁷³⁰.”

Em seu voto, ao trazer à memória debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte, o Ministro Jobim expõe seu posicionamento do seguinte modo:

Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão na constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino.

⁷²⁸MS 24.312, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19.02.2003.

⁷²⁹Esses Diários da Assembleia Nacional Constituinte foram disponibilizados pelo Senado Federal, em versão CD-Rom, editada pela Subsecretaria de Anais do Senado Federal, por ocasião de 20 anos da Constituição de 1988, que se deu em 2008. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp> Consultado em 02. jan.2017.

⁷³⁰SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014, p. 68.

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 do 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 o petróleo e energia elétrica.

O que se fez? (...)

Então, qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição? Daí que preciso ler o §1º 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, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica –, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS.

(...)

Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos Estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí, criou-se o § 1º do art. 20⁷³¹.

Em outra oportunidade, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 198.088⁷³², cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, essa posição novamente veio a ser sustentada.

Ocorre que a constatação da ocorrência desse fato político não induz à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro admite que os Estados “produtores” devam ser privilegiados, em grande medida, na partilha dessa receita patrimonial, em detrimento dos

⁷³¹ Manifestação proferida nos autos do MS 24.312/DF, julgado em 19.02.2003, encontrando-se o trecho citado na página 358-359.

⁷³² RE 198088, rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j.17.05.2000, DJ 05.09.2003, conforme transcrição a seguir: “Vejam bem o que se passou, basicamente, na questão do petróleo. O sistema tributário anterior tinha imposto específico para energia elétrica e petróleo, que eram os chamados impostos únicos de competência da União, ao qual ela teria uma distribuição entre os Estados, distribuíam parcelas de arrecadação do imposto único, que eram as do art. 21, VIII, da Constituição anterior, imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica, e também imposto sobre minerais, aquelas alíquotas chamadas impostos únicos. O que se fez em 1988? Colocou-se, em 1988, na base do ICMS essas operações, destruiu-se os impostos únicos, desapareceu e ampliou-se a base do ICM. O ICM anterior a 1988 era restrito, excluídas todas essas mercadorias referidas, esses bens lubrificantes e petróleo, e também estavam excluídos os serviços. Em 1988, amplia-se a base do ICMS para incluir serviços não excludentes, depois, por uma questão decorrente da própria Constituição, não excludentes, depois, os serviços municipais, o imposto de serviço atribuídos aos Municípios, e incluiu-se, também, todos aqueles bens que compunham a base do chamado imposto único. Aí, surge um problema, os Estados produtores de energia elétrica e de petróleo, passariam, tendo em vista regras específicas do ICM, a perceber todos os ICMS nas operações interestaduais, ou seja, os Estados produtores, no caso específico, fundamentalmente Sergipe, Rio, São Paulo e Bahia, passariam a perceber integralmente todo o tributo. Resolveu-se o que aí? Resolveu-se estabelecer, exatamente, que para essas hipóteses, ou seja, nestas circunstâncias em que houvesse a circulação de bens, que eram produzidos pela União em territórios dos Estados, para o qual todos os Estados haviam contribuído. O que se estabeleceu? Estabeleceu-se o princípio puro do destino, qual seja o tributo, que poderia ser arrecadado na origem, passou a ser arrecadado integralmente no destino. (...) 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 nos impostos únicos foi estabelecida da seguinte forma: (...) Aquilo que era a 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.”

demais Estados da Federação, pois tal conclusão levaria a quebra da igualdade entre os entes federados.

Enfatize-se, então, que, embora se admita a ocorrência desse fato político⁷³³, uma vez que consta dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte⁷³⁴, esse fato, por si só, não pode autorizar a interpretação vinculada que se pretende dar.

É que, no plano jurídico, não há como o *fato político* produzir os efeitos que se pretende impor, mesmo porque os termos do “acordo político” não faz parte do Direito positivado.

Noutro bordo, o componente político, nas condições colocadas nesta análise, não pode servir de razão para justificação de decisão judicial como a que resultou na decisão cautelar concedida pela Min. Carmén Lúcia, nos autos da 4917/DF, e bem assim nas demais já citadas, uma vez que se tratar de matéria pré-jurídica, que não tem o valor jurídico que se pretende.

Em abordagem ao tema em destaque, Alexandre Silveira pronuncia-se na mesma direção, argumentando ser insuficiente a interpretação histórica para justificar a partilha dos *royalties* apenas entre os Estados “produtores” ou mediante uso de critério que lhes favoreça sobremaneira, em prejuízo dos demais entes políticos:

Ora, a interpretação histórica, embora se revele útil, acrescentando dados para a compreensão do tema, é também manifestamente insuficiente ao processo hermenêutico – vale sempre lembrar a fase marcante de Aliomar Baleeiro, enquanto magistrado do Supremo Tribunal Federal: “Não me cabe, Sr. Presidente, psicanalisar os eminentes representantes da Nação” (RE 62.739, Tribunal Pleno, julgado em 23.ago.1967). O conteúdo da norma não se resume à vontade do legislador – em verdade, por vezes nem sequer coincide, máxime considerando que o processo democrático não permite afirmar que determinada norma é fruto do entendimento de apenas um sujeito, por mais que seja ele o relator da proposta⁷³⁵.

Em arremate, acrescenta o autor mencionado que “a interpretação histórica não resiste ao fato de que o direito – e a hermenêutica jurídica – é dinâmico, evoluindo junto com a sociedade⁷³⁶”.

Nesse aspecto, há que se registrar ainda que à época da elaboração da

⁷³³Na teoria de Niklas Luhmann, o fato político faz parte do subsistema político, o qual, assim como o subsistema jurídico, compõem o sistema social da sociedade moderna.

⁷³⁴Publicação do Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações e pela Subsecretaria de Anais do Senado Federal. Fonte: site do Senado Federal: http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em: 02.jan. 2017.

⁷³⁵SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *Governança pública de royalties: Federalismo fiscal e futuras gerações*. Dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da USP, em 2014, p. 190. Utilização autorizada pelo autor. Arquivada no banco de teses da FDUSP: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-13022015-135919/pt-br.php> Acesso em 20.dez.2016.

⁷³⁶SILVEIRA, 2014, p. 190.

Constituição de 1988 não se cogitava das descobertas do petróleo na camada do pré-sal, não sendo essa riqueza, de grandes proporções econômicas, levada em consideração durante a Assembleia Nacional Constituinte.

Ora, tendo em conta que as reservas petrolíferas do pré-sal representam, em certo sentido, um fato novo, não considerado pelo constituinte de 1988, não é admissível que, nos dias de hoje, com o emprego de novas tecnologias e de vultosos recursos do povo brasileiro, as receitas patrimoniais, de grandeza financeira expressiva, fiquem excluídas de uma partilha baseada na justiça distributiva, no âmbito da Federação, ao argumento de fazer parte do “acordo político”.

Enfatize-se, uma vez mais, que o “acordo político” situa-se fora do sistema jurídico, conquanto tenha relevância do ponto de vista histórico. Para o Direito, compreendido como sistema integrado de normas, que se destina a reduzir a complexidade do mundo⁷³⁷, informado por uma linguagem própria, não vale o que está fora de seu contexto.

Examinando-se o tema sob outra perspectiva, a da Teoria de Niklas Luhmann⁷³⁸, não se pode aceitar que o jurista e aplicador do Direito, no processo de interpretação, com vistas à aplicação da norma, realize inclusão de elementos estranhos ao (Sub) sistema jurídico, que é operacionalmente fechado (encerramento operativo⁷³⁹), ou seja, as operações jurídicas devem ser realizadas sem a influência do ambiente externo (realidade exterior)⁷⁴⁰.

Nas esclarecedoras palavras de Misabel Derzi:

Assim estão postas as diferenças essenciais. O legislador traça os programas-metas, com objetivos a alcançar, pensando nas consequências de sua decisão até o fim. Ele decide entre os interesses postos em questão. Já o operador do Direito, como o juiz, é posto em face dessa seleção prévia, olhando para o imput do sistema, onde se situam as fontes de produção legais. Ele não trabalha diretamente com interesses (políticos, econômicos, sociais, morais, etc.), mas com conceitos, ordenações e classificações em que se converteram aqueles interesses, fechando-se operacionalmente o sistema às intervenções diretas do ambiente externo⁷⁴¹. (destaques acrescidos).

⁷³⁷O sistema jurídico pode ser visualizado como “uma construção que se destina a possibilitar a vida, por meio da redução da complexidade do mundo”. Nessa perspectiva, o sistema jurídico, ao ser positivado, evita ou reduz o campo das incertezas e contribui para resolução de conflitos na sociedade e, bem assim, para tomada de decisões na vida real. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 21.

⁷³⁸Na perspectiva de LUHMANN, o Direito é concebido como um sistema autopoietico. LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3ª ed. Tradução Ana Cristina Arantes. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

⁷³⁹Expressão usada por LUHMANN, significando que o sistema produz um tipo de operação exclusiva, isto é, no sentido de que o sistema opera segundo uma lógica própria de conexão da comunicação. LUHMANN, Niklas, 2011, p. 102.

⁷⁴⁰DERZI, 2009, p. 19.

⁷⁴¹*Ibidem*, p. 21-22.

Para que o fechamento operativo do sistema jurídico⁷⁴² (fechamento operativo, remarque-se) funcione adequadamente, a positivação do Direito é fundamental, vez que a positivação permite que o sistema opere de modo fechado ao ambiente externo, por meio do jurista/aplicador, que exerce o controle do lícito/ilícito, permitido/proibido, legal/ilegal, constitucional/inconstitucional.

Desse modo, votada o texto da lei ou da Constituição fecha-se em relação ao ambiente político, devendo a interpretação a esses instrumentos normativos dá-se conforme os conceitos, categorias e classificações próprias do Direito.

Por que o fechamento operacional é importante para o funcionamento do (sub) sistema jurídico? Porque a unidade desse sistema é produzida justamente por esse fechamento⁷⁴³.

Nesse norte, na interpretação do §1º do art. 20 da CF/88, inadmissível que o Judiciário adote elementos que não foram positivados, ou seja, não estão presentes no (Sub) sistema jurídico, pois fazem parte do subsistema político.

Examinando a questão sob outro olhar, os juristas Misabel Derzi e Thomas de Bustamante, em obra específica sobre o tema, manifestam-se no seguinte sentido:

Esse argumento aparenta certo grau de plausibilidade apenas enquanto for examinado de maneira superficial. Para perceber sua fragilidade, basta imaginar qual deveria ser o modelo de justiça distributiva mais adequado para incidência do ICMS sobre petróleo num cenário hipotético em que não existisse qualquer valor devido à União, aos Estados e Municípios como compensação financeira pela exploração de petróleo.

Imaginem, apenas para fim de argumentação, qual seria o modelo de ICMS sobre petróleo mais justo e adequado, nessa hipótese imaginária em que os recursos naturais encontrados no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva **não fossem considerados bens da União**, mas simples *res nullius* que pudessem ser apropriados por quem quer que os encontrasse.

Na hipótese contrafática e imaginária de que não houvesse qualquer tipo de contraprestação à União ou ao Poder Público em geral pela exploração do petróleo, qual deveria ser o modelo ideal de incidência do ICMS, considerando os impactos ambientais decorrentes da emissão de gases na atmosfera e de queima de combustíveis fosseis? (...)

Em resposta a esses questionamentos, não é muito difícil imaginar que há muito boas razões pra que o imposto só incida no destino, e não na origem, uma vez que os combustíveis serão queimados e lançados à atmosfera no destino, e não na origem⁷⁴⁴.

Como se pode avaliar, em vista do que sustentam os juristas nominados, o sistema tributário brasileiro seria incoerente se tributasse o ICMS na origem, “deixando todos os

⁷⁴²No sistema autopoietico, dá-se o fechamento operativo do Direito e também a da abertura cognitiva.

⁷⁴³CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

⁷⁴⁴DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 52.

benefícios da exploração de petróleo para os Estados “produtores” ou confrontantes” e todos os malefícios para os Estados de destino, onde esse petróleo será queimado⁷⁴⁵.”

Para além desse aspecto relativo às externalidades ambientais, caso fosse a tributação do ICMS na origem e não no destino, estar-se-ia contribuindo para uma situação econômica de concentração de receita para os Estados “produtores”, contrariando objetivo-meta constitucional de busca de redução de desigualdades regionais (art. 3º, III, da CF/88), gerando-se um efeito perverso de desequilíbrio federativo.

Na mesma direção, Andressa Torquato quando se manifesta em artigo intitulado “*Royalty do petróleo não é compensação por ICMS*”⁷⁴⁶, repelindo os argumentos do Ministro Jobim, afirma que há dois grandes equívocos no voto do Ministro.

O primeiro é o de que se algum ente da federação abriu mão de sua arrecadação para beneficiar os estados consumidores, esse ente foi a União, e não os Estados “produtores”. Sendo assim, como alegar perda do que nunca se teve?

De fato, antes da Constituição de 1988 vigorava o sistema de impostos únicos de competência da União. Em virtude desse sistema, os combustíveis eram tributados pelo Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos e Gasosos (IUC) e os minerais pelo Imposto Único sobre os Minerais (IUM).

Em nota de atualização à obra *Direito Tributário brasileiro*, em consonância ao que vem se afirmando, Misabel Derzi fez o seguinte comentário:

Assim, na Constituição de 1988, o imposto de circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) foi posto na competência dos Estados-membros e representa a adição, ao ICM anterior, dos antigos impostos únicos federais sobre energia elétrica, combustíveis e lubrificantes e minerais no País e, também, dos impostos federais sobre transportes de pessoas e cargas que não fossem estritamente municipais e sobre comunicações⁷⁴⁷.

Com essa medida houve, portanto, um alargamento da competência tributária dos Estados-membros, que, além de receberem a competência para instituir o ICMS, tiveram uma ampliação da hipótese de incidência desse imposto, possibilitando-lhes reforçar suas autonomias financeiras.

É interessante destacar que, face ao disposto no art. 26 da Constituição de

⁷⁴⁵DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 53.

⁷⁴⁶TORQUATO, Andressa Guimarães. *Royalty do petróleo não é compensação por ICMS*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jan-12/andressa-torquato-royalty-petroleo-nao-compensacao-icms-destino>. Acesso em 1º jan. 2017.

⁷⁴⁷BALEEIRO, 2013, p. 523.

1967/1969⁷⁴⁸, a União era obrigada a partilhar a receita desses impostos com os demais entes da Federação. No entanto, devido à baixa alíquota desses impostos sua arrecadação era proporcionalmente reduzida, sendo diminuta a parcela distribuída aos demais entes federados.

O segundo ponto equivocado do argumento reside no fato de o Ministro Jobim ter sustentado que os *royalties* são uma criação do constituinte de 1988. Esse argumento não procede porque, desde a Lei 2.004/1953, havia a obrigatoriedade de transferência de recursos petrolíferos aos Estados, no importe de 5% (cinco por cento) do valor do óleo ou gás extraído em seu território⁷⁴⁹.

Assisti razão à autora, conforme demonstrado anteriormente (tópico 4.2: Cobrança e partilha dos royalties do petróleo antes da CF/88), pois uma das inovações apresentadas pela Lei 2004/1953 ocorreu no art. 27, *caput*, que obrigava a Petrobras e suas subsidiárias a pagar aos Estados e Territórios onde ocorresse a lavra de petróleo **indenização correspondentes a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído**.

Em arremate, Andressa Torquato verbera: “Os royalties, portanto, não foram criados pela Constituição de 1988, muito menos tinham a função de compensar os estados produtores por uma perda de arrecadação que nunca ocorreu.”⁷⁵⁰

Um terceiro ponto que se deve mencionar é o relativo à constitucionalização dos *royalties* e de sua ampliação para alcançar os potenciais de recursos hídricos e os recursos minerais.

No MS 24.312 – DF, em que foi impetrante o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro contra ato do Plenário do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 101/2002), que proclamou ser de competência exclusiva do impetrado fiscalizar a aplicação dos recursos recebidos a título de *royalties* decorrentes da extração de petróleo e outros, a Ministra Relatora Ellen Gracie, em correta análise da matéria, afirmou ser o TCU o órgão competente para analisar a matéria e não o TCE-RJ.

No enfrentamento da matéria, a Ministra Relatora expressou-se da seguinte forma:

⁷⁴⁸Constituição de 1967/1969: “Art. 26. A União distribuirá aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios: I- quarenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos mencionados no item VIII do art. 21; II – sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica mencionado no item do art. 21; III noventa por cento do produto da arrecadação do imposto sobre minerais do País mencionado no item IX do art. 21. §1º A distribuição será feita nos termos da lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios: a) nos casos dos itens I e II, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao item II, quota compensatória da área inundada pelos respectivos reservatórios; b) no caso do item III, proporcional à produção. §2º As indústrias consumidoras de minerais do País poderão abater o imposto a que se refere o item IX do art. 21 do imposto sobre a circulação de mercadorias e do imposto sobre produtos industrializados, na proporção de noventa por cento e dez por cento, respectivamente.”

⁷⁴⁹TORQUATO, 2017.

⁷⁵⁰*Ibidem*, 2017.

“No que diz respeito ao mérito, o art. 20 § 1º da Constituição prevê a participação ou compensação financeira dos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural⁷⁵¹.”

Em linhas seguintes, esclarece que:

A leitura do art. 20, V e IX da Constituição Federal, ao dispor que os recursos naturais da plataforma continental e recursos minerais são bens da União, a meu juízo, induz, à conclusão de serem também da União, e não dos Estados, o resultado da exploração destes recursos.

O fato da Carta Maior assegurar no §1º do mesmo dispositivo a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nessa mesma exploração, não transforma estes recursos em receitas originárias destes entes federativos, não se confundindo também com receitas tributárias, previstas no artigo 157 e 158 da Constituição Federal⁷⁵².

Como se verifica, no entendimento da Relatora, as receitas petrolíferas, por serem oriundas do patrimônio da União e não dos Estados, são receitas públicas originárias para aquele ente. Em resumo, a receita pertence a quem é proprietário do patrimônio, no caso petróleo, daí ser o TCU o órgão competente para fiscalizar e examinar a aplicação desses recursos.

Conforme já assentado em capítulo anterior, o petróleo constitui um bem público dominial, pertencente à União, como pessoa jurídica de Direito Público interno, mas esse bem patrimonial só pode gerar receita ao titular dessa propriedade se ingressar no processo econômico como objeto de atividade exploratória, porquanto “patrimônio público não é sinônimo de receita pública”⁷⁵³.

Com efeito, não basta o Estado ser o proprietário do bem para daí se ter recursos financeiros. A mera apropriação dos bens da natureza, por si só, não se converte em dinheiro em favor do ente estatal. A receita somente é gerada à medida que há emprego de capital e tecnologia capazes de dar impulso ao processo de produção econômica que transforma a matéria-prima extraída em bem econômico.

A existência de jazidas minerais ou de petróleo que se acham no subsolo brasileiro ou na faixa do mar territorial constituem apenas bens do ativo público (patrimônio público), que só se convertem em receita pública, objeto do Direito Financeiro, quando a exploração desses recursos naturais, na forma prevista na Constituição Federal, venham a gerar dividendos financeiros.

⁷⁵¹MS 24.312/DF, julgado em 19. Fev. 2003, p. 355. Disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acesso em 31.dez.2016.

⁷⁵²MS 24.312/DF, julgado em 19. Fev. 2003, p. 355.

⁷⁵³SCAFF, 2014, p. 68.

Portanto, as jazidas petrolíferas existentes no subsolo do continente brasileiro ou na faixa marítima representam apenas um patrimônio público, componentes do ativo público. Constituem-se em propriedade em sua forma estática. Mas, uma vez que essas jazidas constituem-se objeto de exploração econômico-comercial, passam a gerar receitas públicas.

Em linha conclusiva desta seção, a interpretação histórica é insuficiente para apresentar a solução ao problema do sentido e alcance do texto do §1º do art. 20 da CF/88, primeiro que, como diz Dworkin, o autor é só o primeiro leitor de sua obra; segundo que, publicado um texto normativo, o legislador não mais seu dono, mas o é a comunidade de intérpretes, pois a interpretação é um fenômeno social; terceiro que na tarefa interpretativa dá-se sentido ao texto baseado em determinados valores objetivos (integrantes do sistema jurídico) e não na vontade subjetiva do legislador; em quarto, deve-se identificar a interpretação mais adequada para o sistema jurídico em sua totalidade, considerando, fundamentalmente, a exigência de aplicação da justiça substantiva, que remete para a ideia nuclear de que cada pessoa tem um valor intrínseco.

5.7 Federalismo fiscal, Orçamento Público e o argumento do direito adquirido

Dentre os argumentos dos que se arvoram contrários à mudança do sistema de distribuição dos *royalties* do petróleo, no âmbito da federação brasileira, constam o de que os Estados petrolíferos gozam de um direito adquirido à partilha segundo os critérios quando se trate de contrato de concessão.

Há verdade nesse argumento? Existe direito adquirido ao rateio dos *royalties*?

O instituto do direito adquirido tem por fim garantir a estabilidade das relações jurídicas, constituindo-se em princípio que impõe limites materiais à retroatividade da lei para não prejudicar os direitos já incorporados ao patrimônio do titular, ou seja, funciona como barreira jurídica para preservar as situações jurídicas forjadas sob a égide da lei anterior.

Ao procurar conceituar direito adquirido, Sérgio Pinto Martins afirma que:

O direito adquirido integra o patrimônio jurídico e não econômico da pessoa. Este não conta como algo concreto, como um valor a mais em sua conta bancária. O direito já é da pessoa, em razão de que cumpriu todos os requisitos para adquiri-los, por isso faz parte de seu patrimônio jurídico, ainda que não integre seu patrimônio econômico, como na hipótese da aposentadoria não ter sido requerida, apesar da

pessoa já ter implementados todas as condições para esse fim⁷⁵⁴.

Há que se perguntar, em caráter preliminar, se o instituto do direito adquirido seria aplicável ao regime de partilha dos *royalties*, cujo texto constitucional não estabelece percentuais fixos que devam incidir para efeitos de cálculo do montante a ser transferido aos Estados confrontantes?

E ainda que estabelecesse, o legislador nacional estaria impedido de promover novo arranjo distributivo, mediante uma emenda constitucional, que viesse a corrigir distorções, tornando a partilha mais compatível com os princípios de justiça fiscal?

Considerando que o petróleo é propriedade da União e não dos entes subnacionais, que também possui competência constitucional para legislar sobre distribuição dos *royalties*, haveria algum obstáculo jurídico a que o ente federal central estabelecesse novo sistema de partilha dessas receitas?

Decerto, que não. Os únicos limites impostos ao legislador, para fins distributivos dos *royalties* na Federação, são as balizas constitucionais, pois na produção da lei o legislador não exerce poderes absolutos, não se admitindo que use critérios aleatórios ou discricionários, que desbordem dos valores jurídicos presentes em nossa Constituição. Assim, obriga-se a justificar racionalmente seus atos⁷⁵⁵, conforme se demonstrará em seção posterior.

Neste passo, indaga-se ainda se os Estados confrontantes teriam direito adquirido ao sistema de rateio anterior (antes da Lei 12.734/2012), independente do regime contratual, se concessão ou partilha de produção?

Quanto à exploração petrolífera do pré-sal, assiste razão aos Estados confrontantes quando pretendem manter o regime de rateio revogado? A pretensão desses entes federados pode projetar-se para o futuro a fim de atingir a totalidade da exploração de petróleo existente nas áreas marítimas do Brasil?

Na seção segunda deste capítulo (4.2), ficou demonstrado que, ao longo da história do petróleo no Brasil, a partilha dos *royalties* sofreu as mais diversas variações. Basta ver que no caso de exploração na plataforma continental, a Lei 7.453/1985, por exemplo, estabelecia o percentual de 1,5% aos Estados confrontantes, enquanto o Decreto-Lei nº

⁷⁵⁴MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito de seguridade social*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 72.

⁷⁵⁵É que, no Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição, há um dever de se justificar as decisões públicas. Há um dever de fundamentação para ser possível o controle dos atos não só do legislativo, mas também do Judiciário. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcante. *Argumentação jurídica como justificação*: Em busca de uma definição comum para as Teorias da Argumentação Jurídica contemporâneas. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.). *Teoria do Direito e Decisão Racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357-365.

523/1969 não contemplava os Estados e Municípios com o rateio dessa receita⁷⁵⁶.

A distribuição dos *royalties* do petróleo, na linha do tempo, é suficiente para revelar que, em hipótese alguma, o Brasil estabeleceu um critério fixo de rateio. Ao revés, as modificações ocorridas no curso do tempo mostram que não houve um critério que se projetasse como um fator estático (“congelado”), a reger de forma perene as situações futuras⁷⁵⁷. Nem seria admissível esse estado de coisas.

Veja-se que até mesmo o critério de cálculo das despesas públicas no Brasil sofreu modificação recente, por meio da aprovação de emenda constitucional, conhecida como PEC dos Gastos Públicos (PEC 241), por conta dessa emenda à Constituição foi imposto um teto aos gastos públicos em todos os âmbitos da Federação, que passará a ser calculado com base na inflação do ano anterior, modificando-se, portanto, o regime até então vigente que levava em consideração o aumento da receita pública e não o índice inflacionário⁷⁵⁸.

No que tange ao critério de partilha dos *royalties*, embora se admita que os Estados e Municípios confrontantes tenham direito a receber alguma transferência dessa receita, seja nos contratos de concessão, seja no de partilha de produção, não há argumento que justifique permaneça inalterado o regime de distribuição, ainda mais que a realidade mostrou a necessidade de ajuste aos parâmetros do federalismo de cooperação, derivado da justiça distributiva, mormente quanto aos *royalties* do pré-sal.

Os Estados confrontantes argumentam que a mudança de critério imposto pela Lei 12.734/2012, teria importado em quebra de cláusulas do contrato de concessão petrolífera em curso. Assiste razão a esses entes subnacionais?

Para evitar confusão, é necessário apartar o âmbito de análise da realidade.

Não houve quebra dos contratos de concessão. Os contratos permanecem inalterados. Conforme já disposto em seção precedente, a relação contratual dá-se entre a União e a empresa concessionária da exploração petrolífera e essa situação não sofreu qualquer mudança.

A alteração deu-se na relação União Estados confrontantes, em virtude da introdução de novo arranjo distributivo e não quanto à alíquota e base de cálculo da exação

⁷⁵⁶TORRONTEGUY, Alessandra Fölzke. *Aplicação dos royalties do petróleo na efetividade dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTR, 2010, p. 44-45.

⁷⁵⁷SCAFF, 2014, p. 299.

⁷⁵⁸Entenda o que muda com a PEC do teto. A PEC 241 (proposta de emenda constitucional) impõe um teto aos gastos públicos e tem por objetivo limitar o crescimento das despesas públicas, que passará a ser corrigida pela inflação do ano anterior ao orçamento público. Disponível em <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/2016/entenda-que-muda-com-pec-teto/421792>> Acesso em 27.01.2017.

patrimonial, de modo que os valores que as empresas pagavam a título de *royalties* continuarão tendo a mesma incidência.

Agora é interessante que se reflita melhor em relação aos contratos de concessão celebrados antes da Lei 12.734/2012, pois a mudança acerca do rateio dos valores arrecadados tem implicações nos orçamentos dos entes subnacionais confrontantes, o que envolve uma questão segurança jurídico-orçamentária e do princípio da proteção da confiança legítima⁷⁵⁹.

Pela lógica da prática orçamentária e do planejamento governamental, os Estados confrontantes já comprometeram a parcela dessa receita em com despesas orçamentárias, inclusive com gastos de pessoal e prestação de direitos fundamentais básicos, mas essa situação não torna engessa ad eterno a possibilidade da mudança, vez que há de se ter um limite no tempo para o novo regime distributivo começar produzir seus efeitos.

Em busca de um prazo adequado e dentro da lógica do sistema orçamentário brasileiro, a proposta não pode ultrapassar os limites das leis orçamentárias, correspondentes ao Plano Plurianual (PPA), cuja previsão é de 04 anos, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme prevê o art. 165, I a III, e demais incisos, da CF/88.

Considerando que vive-se sob a égide de um Estado Tributário, não é possível que os entes federados petrolíferos fiquem a depender, por prazo indeterminado, das receitas patrimoniais advindas do petróleo, ainda mais que a fonte dessas receitas é esgotável.

Sendo assim, os orçamentos desses entes subnacionais devem priorizar as receitas tributárias, que têm caráter perene e é a forma moderna de financiamento das atividades estatais e dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que, dada a natureza das receitas petrolíferas⁷⁶⁰, não devem ser alocadas nos orçamentos para financiar despesas correntes, como as despesas de custeio⁷⁶¹ com folha de pessoal ativo ou inativo, porquanto o petróleo ser um bem exaurível, sendo incompatível com despesas contínuas do Estado.

A crise do Estado do Rio de Janeiro tem muito a ver com essa situação, pois boa parte da receita do petróleo foi comprometida para despesas com pessoal. Com a queda do

⁷⁵⁹A respeito do tema, ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012. DERZI, 2009.

⁷⁶⁰Adota-se a posição de que as receitas petrolíferas têm natureza de receitas de capital.

⁷⁶¹Cf. nomenclatura dada pela Lei 4.320/1964, especialmente § 1º do art. 12. Também disciplina a matéria a Lei Complementar 101/2000, cujo art. 18 oferece um conceito de despesas com pessoal, para fins de controle pelos Órgãos de Contas. Segundo a doutrina, as despesas correntes de custeio são aquelas de caráter contínuo; são despesas que o Estado realiza periodicamente como contraprestação para manutenção dos serviços públicos, envolvendo as decorrentes de prestações de serviços permanentes, tais como a remuneração dos servidores. OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2014, p. 426-432.

preço da *commodity* do petróleo, ante a volatilidade no mercado internacional, esse ente viu-se com enormes dificuldades para honrar seus compromissos com folhas de pagamento de pessoal e de manutenção de serviços públicos essenciais como saúde e educação.

Concluindo este tópico, assinala-se que o fato de a distribuição dos *royalties* do petróleo ter sido realizada sob os critérios de uma determinada lei não significa dizer que os Estados confrontantes tenham direito de manter engessado o critério antigo, sem abertura de mudança para melhor.

Não existe direito a manutenção da injustiça!

Em síntese, não há direito adquirido diante de um regime distributivo injusto sob a perspectiva do federalismo de cooperação, ressalvando-se a manutenção apenas da equação quanto aos contratos de concessão firmados antes da vigência da Lei 12.734/2012.

5.8 O texto do § 1º do art. 20 da CF/88 e a insuficiência da interpretação gramatical

5.8.1 Colocação inicial do problema: como interpretar o art. 20, §1º da CF/88?

A análise deste tópico visa verificar se é possível extrair uma solução para o intrincado problema da distribuição dos *royalties* petrolíferos no Brasil, mediante uma interpretação gramatical do texto expresso no §1º do art. 20 da CF/88, ou seja, busca-se examinar se a interpretação a partir dos elementos semânticos desse texto permite encontrar uma solução constitucionalmente adequada ao conflito federativo posto.

Para Luís Roberto Barroso, a interpretação gramatical “consiste na atribuição de sentidos possíveis e razoáveis a um texto normativo. Ela constitui o ponto de partida e o liame das possibilidades interpretativas, que devem se situar dentro da moldura delineada pela norma⁷⁶².”

Em sua linha interpretativa, Barroso argumenta que a interpretação gramatical restringe os beneficiários da partilha, uma vez que os Estados e Municípios cujos territórios são afetados pela exploração de petróleo ou gás natural têm um verdadeiro direito subjetivo

⁷⁶²BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica*: Inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Disponível em <luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf> Acesso em 12.01.2017.

constitucional ao recebimento dessa receita patrimonial⁷⁶³.

A análise do problema relativo à interpretação do dispositivo em tela remete para três considerações iniciais: a) o problema da má redação desse dispositivo constitucional, pois construído de modo truncado, sem a clareza necessária, a gerar ambiguidade; b) a análise requer-se uma reflexão acerca da razão que levou os constituintes a incorrer nesse equívoco; c) por fim necessário incursionar em busca da melhor interpretação, ou seja, a interpretação mais adequada constitucionalmente.

Ao empreender uma análise estritamente gramatical ao texto do dispositivo em debate, Gustavo Kaercher Loureiro reconhece que realmente o texto é ambíguo, tendo em vista que, em termos semânticos, a expressão “no respectivo” tanto pode reger apenas o termo “território”, quanto o restante do todo, ou seja, as expressões mar territorial plataforma continental e zona econômica exclusiva⁷⁶⁴.

Segundo a posição de Gustavo Loureiro, essa situação de ambiguidade do texto constitucional (§1º do art. 20 da CF/88) pode suscitar duas interpretações possíveis, conforme destaca no trecho a seguir:

A bem guardar, gramaticalmente, o termo em questão pode reger tanto apenas o “território” quanto o que se segue (plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva).

Na primeira hipótese, a Lei de que fala a norma constitucional deveria reconhecer uma vinculação precisa entre exploração, participação e território estadual/municipal; menos rígido poderia ser este vínculo em se tratando de distribuir a participação oriunda da exploração na plataforma continental, pois que a Constituição não exigiria o nexa (o “respectivo” não rege a plataforma continental). De consequência, poder-se-ia pensar em uma distribuição total dos recursos, entre todos os sujeitos aí referidos, em condições de absoluta igualdade.

Já pela segunda interpretação, alcançando o termo “respectivo” todas as localizações indicadas, manter-se-ia o tratamento diferenciado em qualquer circunstância. Direito possui o Estado ou Município em cujo território ou em cuja plataforma continental se realiza a exploração⁷⁶⁵. (destaque adicionado).

Pela compreensão desse doutrinador, o texto normativo permite duas possibilidades interpretativas para fins de rateio dos *royalties* petrolíferos:

a) o termo “*respectivo*” inserto no §1º do art. 20 da CF/88 refere-se não apenas ao *território* (não rege a parte marítima), o que autoriza a interpretação de que, quando a exploração do petróleo for marítima (mar territorial, à plataforma continental e à zona econômica exclusiva), *todos* os Estados e Municípios da Federação podem participar da

⁷⁶³BARROSO, 2017, p. 13.

⁷⁶⁴LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Participações governamentais: atribuição de custos e distribuição de rendas. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v.266, p. 69-88, maio/ago. 2014, p. 77.

⁷⁶⁵ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria do petróleo: Evolução Normativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012, p. 170-171.

distribuição dos *royalties*.

b) o termo “*respectivo*” vincula *todas as categorias geográficas indicadas*, de modo que a norma autoriza a distribuição da receita petrolífera *apenas* entre os entes confrontantes da Federação, ou seja, o direito seria assegurado ao ente federado em cujo território ou porção da plataforma continental, mar territorial ou Z.E.E se realiza a exploração.

Para Gustavo Loureiro, essa ambiguidade do texto, embora possibilite interpretação que permite distribuição igualitária dos *royalties* entre todos os entes da Federação, fica afastada essa possibilidade quando se usa outros instrumentos interpretativos, os quais conduzem à conclusão de que o texto pretendeu estabelecer um critério distributivo estritamente geográfico⁷⁶⁶.

Assim, conquanto as duas opções interpretativas sejam possíveis, Loureiro aponta que a segunda opção é a mais adequada, de forma que o rateio dos *royalties* deve ser reconhecido de modo prevalente em favor dos Estados e Municípios confrontantes, excluindo-se a possibilidade de uma distribuição igualitária entre todos os entes da Federação.

Essa é a posição do Governador do Estado do Espírito Santo, que advoga a tese de que “os *royalties* e participações especiais advindos da exploração do petróleo e gás **devem ser distribuídos exclusivamente**, ou quando menos **preponderantemente**, às unidades federadas impactadas por essa atividade econômica⁷⁶⁷.” (destaques acrescentados).

Seguindo o mesmo caminho, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, na ADI 4.917, aduz que “A Constituição faz, portanto, uma associação direta e inequívoca entre o pagamento da compensação o fato de haver produção situada no ente⁷⁶⁸.”

Vale esclarecer que, para o autor da ação em referência, a região marítima confrontante ao Rio de Janeiro, onde se explora petróleo, seria porção do território desse ente político.

Neste passo, impende indagar se essa disputa interpretativa de ordem gramatical, que procura centrar-se no critério geográfico como o que resolve o deslinde do problema, realmente tem condições de oferecer uma solução adequada o problema distributivo dos *royalties* ou esse caminho interpretativo estaria deslocando o foco principal da questão?

Noutro giro, será que a interpretação gramatical dá conta de resolver esse intrincado problema que demanda uma profunda reflexão de natureza não apenas jurídica, mas

⁷⁶⁶LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Participações governamentais: atribuição de custos e distribuição de renda. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 69-88, maio/ago.2014, p. 77.

⁷⁶⁷BRASIL, STF: Petição da ADI 4916, p. 30. Disponível em <stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Cópia anexada no Diário Oficial da União de 15 de março de 2013.

⁷⁶⁸BRASIL, STF: Petição da ADI 4917, p. 26-27. Disponível em <stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

de moral política, que consiste em saber se o critério geográfico é moralmente justo para o Estado brasileiro definir como os recursos públicos devem ser partilhados?

Até que ponto a interpretação gramatical não aprisiona o intérprete, colocando-o numa espécie de “agulhão semântico”⁷⁶⁹?

Parece que, ao menos que se parta da ideia de que a distribuição dos *royalties* não pode prescindir de uma interpretação norteada por critério moralmente aceitável em um Estado Democrático de Direito, pautado por um federalismo de cooperação, não é possível encontrar a solução justa, mais adequada constitucionalmente, ao problema. Uma solução que demonstre igual consideração pelo destino de todos os brasileiros.

5.8.2 Exploração de petróleo em áreas marítimas e a necessidade de uma nova interpretação constitucional

Em substancial manifestação, a professora Misabel Derzi argumenta que há um equívoco na posição daqueles que, estribados no critério geográfico, vinculam as áreas marítimas do Estado brasileiro como se pertencessem aos entes confrontantes⁷⁷⁰, os quais, com base nesse critério, pretendem que a partilha dos *royalties* dê-se apenas em relação aos entes costeiros, com a exclusão dos demais.

Segundo a posição dos entes confrontantes, a própria legislação anterior ao novo regime (Lei 9.478/1997), já teria adotado critério que tem por base a dimensão geográfica para fins de distribuição das receitas petrolíferas⁷⁷¹, o que afastaria a adoção de outros critérios distributivos.

É de se esclarecer, contudo, que, em relação aos *royalties* marítimos, quando se tratasse de contrato de concessão, a Lei 9.478/1997 já previa, mesmo antes da mudança, critério distributivo diverso do geográfico, tanto que estabelecia, no art. 48, que 10% (dez por cento) da receita fossem destinadas para formar o Fundo especial, a ser distribuído entre os Estados não confrontantes. Portanto, a distribuição dos 10 % do montante dos *royalties* tinha por fundamento o federalismo cooperativo e não fator determinista geográfico.

Com o claro propósito de avançar na concretização do federalismo financeiro de

⁷⁶⁹DWORKIN, 2014, p. 55 e ss.

⁷⁷⁰DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 46.

⁷⁷¹*Ibidem*, p. 46.

cooperação, esse percentual foi ampliado para 20% (vinte por cento), possibilitando melhor equilíbrio na forma de se partilhar essa importante receita pública do Estado brasileiro.

Ora, caso assistisse razão aos defensores da tese que pretende excluir da partilha os Estados e Municípios não confrontantes e que por isso que manter o regime antigo, a Lei 9.478/1997 seria inconstitucional, uma vez que, bem antes do surgimento da Lei 12.734/2012, o Brasil já adotava critério distributivo diverso do geográfico, como forma de promover justiça distributiva na Federação.

Entretanto, embora a Lei 9.478/1997 empregasse critério diverso do geográfico, nenhuma inconstitucionalidade havia naquele instrumento normativo, razão porque nunca foi questionado no Judiciário.

Em relação aos adeptos da interpretação gramatical restritiva, ao darem ênfase ao critério geográfico, incorrem em outro equívoco quando argumentam que o termo “território” rege também as regiões marítimas dos entes confrontantes.

Por essa compreensão, essas unidades federadas teriam direito à compensação porque a exploração do petróleo estaria a ocorrer em suas extensões territoriais marítimas, ou seja, em porção da plataforma continental, mar territorial ou da zona econômica exclusiva que lhes pertence. Numa palavra, a exploração estaria situada em suas áreas geográficas.

Acerca desse argumento é de se saber se existe porção da plataforma continental pertencente aos Estados-membros. Será que cada Estado costeiro possui um “pedaço” do mar territorial ou de zona econômica exclusiva?

Antes de responder à pergunta retro, é interessante fazer uma referência à Convenção de Montego Bay, da qual o Brasil é signatário. O art. 82 dessa Convenção estabelece que o país que explorar petróleo em sua plataforma continental, a uma distância de 200 e 350 milhas da sua costa, deverá efetuar pagamentos ou contribuições financeiras à Autoridade dos Fundos Marinhos, que os distribuirá entre os Estados-Partes “na base de **critérios de repartição equitativa, tendo em conta os interesses e necessidades dos Estados em desenvolvimento, particularmente entre eles, os menos desenvolvidos e os sem litoral.**” (grifos apostos).

Vê-se, já aqui, que essa Convenção demonstra uma preocupação de natureza moral, ante o cuidado com a inclusão e os destinos do Outro⁷⁷². Trata-se de uma medida que estabelece um norte para a repartição financeira equitativa, vinculando-se à ideia de justiça distributiva internacional.

⁷⁷²Referência à teoria da inclusão do outro de Habermas. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro: Estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1996.

Essa norma internacional tem por fim beneficiar países em desenvolvimento e, sobretudo, os menos desenvolvidos e, dentre esses, os desprovidos de área marítima, sem produção petrolífera. Essa medida representa uma forma de os países signatários demonstrarem solidariedade pelos países mais pobres. Representa a vontade de ver o Outro participante da riqueza disposta aleatoriamente na Natureza.

Vê-se que é um bom caminho a ser seguido no âmbito interno de cada país produtor de petróleo.

Por que, então, não se utilizar esse norte internacional aqui no Brasil? Por que, na distribuição dos *royalties* marítimos, não beneficiar, equitativamente, os Estados e Municípios sem petróleo e, dentre esses, os mais pobres da Federação? Por que não distribuir essa riqueza nacional para melhorar os índices de desenvolvimento humano de municípios pobres da Federação?

Vale mencionar que as dez cidades do Brasil com os piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), encontram-se na Região Norte e Nordeste do país, sendo que a situação mais crítica é a do Município ribeirinho de Melgaço (PA), com índice 0,418, seguida de Fernando Falcão (MA): 0,443; Atalaia do Norte (AM): 0,450; Marajá do Sena (MA): 0,452; Uiramutã (RR): 0,453; Chaves, situado no arquipélago do Marajó (PA): 0,453; Jordão (AC): 0,469; Bagre (PA): 0,471; Cachoeira do Piriá (PA): 0,473 e Itamarati (AM): 0,477⁷⁷³.

Realizada essa breve consideração, retorna-se ao ponto anterior, procurando-se responder se é possível, em nosso ordenamento jurídico, afirmar que aos entes subnacionais costeiros possuem território marítimo, ou seja, parcela do mar territorial, da plataforma continental e da ZEE. Noutros termos, essas áreas marítimas integram o territórios dos entes confrontantes?

Essa indagação tem muita pertinência para a questão em análise porque os Estados confrontantes reivindicam privilégio na distribuição dos *royalties* por entenderem que são detentores de território marítimo, onde se explora o petróleo.

Incursionando sobre o tema, Andressa Torquato, contestando parecer de Raul Machado Horta e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁷⁴, afirma que, o fato de o mar territorial

⁷⁷³Jornal *O Globo*, edição de 01.08.2016. Título da matéria: Nas cidades com 10 piores IDHs, corrupção e descaso. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/nascidades-com-10piores-idhs-corrupcao-descaso-19823053> Acesso em 25.01.2017.

⁷⁷⁴O posicionamento desses juristas foi manifestado mediante Pareceres para fins de subsidiar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 2.080-3/RJ, em que se discutia a constitucionalidade do parágrafo 5º do art. 194 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e do § 4º, do art. 31 da Lei 2.657/1996. O texto de ambos os dispositivos estabelecia que a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva integram o

ser propriedade da União, assim como os recursos da plataforma continental e da Z.E.E, não implica que essas áreas não integrem o território de Estados e Municípios confrontantes, pois propriedade e território são institutos jurídicos diversos, cabendo-lhes legislar sobre essas áreas no que não for vedado pela Constituição⁷⁷⁵.

Para Andressa Torquato, os entes confrontantes possuem um território marítimo, de modo que “qualquer porção do território brasileiro que se aponte estará contido, ao mesmo tempo, no âmbito territorial dos três entes federativos – ou de dois, no caso do Distrito Federal. Ou seja, se uma pessoa se encontra localizada na cidade de Natal, estará, ao mesmo tempo, no território de um Município (Natal), de um Estado (RN), e da União (Brasil)”⁷⁷⁶.

Parece haver uma incoerência nessa posição de Andressa Torquato, pois como admitir, por exemplo, que parcela da plataforma continental constitui parte integrante do território de Estados e Municípios confrontantes se sequer o Brasil como Estado possui soberania plena sobre essa região marítima, uma vez que detém direitos de soberania relativa, ou seja, exerce poderes apenas para fins de aproveitamento de recursos naturais (art. 12, da Lei 8.617/1993, em consonância com a Convenção de Montego Bay), conforme se explicou no capítulo terceiro deste trabalho.

Nesse sentido, Misabel Derzi e Thomas Bustamante argumentam que “O legislador nacional – inclusive o constituinte – sempre foi cuidadoso para não confundir a “zona econômica exclusiva” e a “plataforma continental” com o território nacional, e para não confundir com o “mar territorial” com o território de qualquer Estado ou Município da Federação”⁷⁷⁷.

Retornando à doutrina que entende haver território marítimo dos Estados costeiros, a exemplo do Rio de Janeiro e Espírito Santo, conquanto perspicaz essa posição, não é uma abordagem adequada para enfrentar o problema da distribuição dos *royalties*, mesmo porque cabe ao Estado brasileiro, por meio da União, avaliar a dimensão do justo quanto à partilha dessa receita.

Demais disso, o § 1º do art. 20 da CF/88 admite uma segunda opção de interpretação, a de que o a expressão “no respectivo território” só se refere à parte terrestre dos entes confrontantes e não rege as áreas marítimas nele designadas. Como não há neutralidade interpretativa, há que se verificar, dentre as duas opções, qual a interpretação mais compatível com o parâmetro de justiça substancial acolhido pela Constituição Federal.

território do Estado e Município que lhes é confrontante, para fins de incidência de ICMS.

⁷⁷⁵FERNANDES, 2013, p. 153-156.

⁷⁷⁶*Ibidem*, p. 153.

⁷⁷⁷DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 51.

Na busca da resposta mais adequada, importa demonstrar qual a opção interpretativa que melhor promove a distribuição dessas receitas patrimoniais segundo os princípios da justiça social, o que remete, inarredavelmente, para a ideia da sociedade brasileira como sistema equitativo de cooperação social, visto que dentre os valores expressos no texto constitucional emerge o da solidariedade, além do fato de que é dever moral e jurídico do Estado brasileiro promover o *bem de todos* os seus cidadãos (art. 3º, I e IV).

Portanto, não há como prosperar a linha argumentativa que intenta restringir a partilha dos *royalties* apenas entre as unidades federadas confrontantes sob o argumento de que a interpretação do § 1º do art. 20, da CF/88 é no sentido de que esses entes possuem territórios marítimos.

Essa interpretação é absolutamente fora de propósito. Aliás, ainda que fosse possível chegar-se àquela compreensão, o que se faz apenas a título argumentativo, tal conclusão não tornaria inconstitucional a partilha dos *royalties* estabelecida pela Lei 12.734/2012, por isso que nesse instrumento normativo está presente não apenas o critério geográfico, mas também o de justiça substantiva, que prestigia o princípio da igualdade entre os entes federados, a ideia de igual cidadania e da solidariedade como valores que devem nortear a distribuição de recursos públicos na República Federativa do Brasil.

5.9 Os *royalties* do petróleo e a distribuição conforme o princípio do federalismo financeiro de cooperação: igualdade federativa e desenvolvimento humano para todos

5.9.1 Linguagem e interpretação: como interpretar quando há imprecisão no texto normativo?

Analisando-se a forma os termos linguísticos expressos no § 1º do art. 20, da CF/88 e a forma de sua construção, constata-se tratar-se de um texto que apresenta impropriedade técnica, vez que não construído segundo a boa técnica legislativa, manifestando dúvida quanto ao aspecto linguístico e sistêmico⁷⁷⁸, o que pode suscitar

⁷⁷⁸Cf. expressão usada por Eros Grau para se referir ao texto normativo que gera dúvidas decorrentes da inconsistência ou incoerência de uma norma quando em presença de outra norma ou de outras normas do sistema

dubiedade quanto ao conteúdo e extensão da norma.

Entretanto, essa situação não representa obstáculo ao processo interpretativo, principalmente porque desde o giro linguístico de Wittgenstein⁷⁷⁹ já se superou o ideal de exatidão da linguagem, por ser ela, em certa medida, indeterminada, de forma que sua significação dependente do contexto sócio-linguístico onde praticada e do próprio sistema jurídico onde se insere.

Nesse rumo, assevera Lenio Streck que “O ideal de exatidão é um mito filosófico.” E acrescenta que “A linguagem é sempre ambígua pelo fato de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica⁷⁸⁰” Tal fato ocorre porque a linguagem não é um fenômeno estático, mas vivo, em que o sentido das palavras varia conforme as circunstâncias de tempo, lugar e da comunidade de falantes.

Essa a razão porque Dworkin considera que a imprecisão da linguagem empregada pelo legislador não gera indeterminação do Direito⁷⁸¹, nomeadamente porque o Direito não se esgota nos termos contidos no enunciado normativo.

A contemporânea Teoria do Direito tem que a norma jurídica não é o texto em si, mas o resultado da interpretação⁷⁸².

A norma jurídica comporta duas espécies, as regras e os princípios⁷⁸³. Os princípios como espécies de norma jurídica funcionam, no interior do sistema, como *mandamento de otimização*⁷⁸⁴, devendo informar tanto a produção legislativa, quanto a decisão judicial.

jurídico onde ela se insere. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 166.

⁷⁷⁹WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.

⁷⁸⁰STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 245.

⁷⁸¹DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 189-190.

⁷⁸²Cf. Karl Larenz, interpretar é “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se torna problemático.” Para o autor, o objeto da interpretação é o texto legal, cabendo ao intérprete o papel de desentranhar o sentido nele vertido. KARL, Larenz. *Metodologia da ciência do direito*, 6ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 439-441. No mesmo sentido Eros Grau, para quem, em sentido geral, interpretar é uma atividade voltada para compreensão de signos linguísticos. No sentido restrito, interpretar assume um sentido diverso do mero compreender, pois se desenvolve em três distintos contextos: a) *contexto linguístico*; b) *contexto sistêmico* e c) *contexto funcional*. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 166-167.

⁷⁸³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 35-50. Nessa obra, o autor aduz que as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Já os princípios não funcionam dessa forma, pois comportam a dimensão do peso ou importância e “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção.”

Em linha similar, Robert Alexy, para quem os princípios funcionam como mandamento de otimização, que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91.

⁷⁸⁴Expressão usada por ALEXY, 2012, p. 90.

Nessa senda, há que se identificar que princípios jurídicos devem iluminar a compreensão do §1º do art. 20 da CF/88. Para tanto, é preciso esclarecer, desde logo, que o texto constitucional objeto desta análise expressa uma norma sobre questão de distribuição de receitas petrolíferas, que, por se reportar a um tema federativo e de justiça financeira, não pode ser examinado fora de seu contexto principiológico e do sistema como um todo.

Nesse sentido, Eros Grau assinala que “uma norma jurídica isolada, destacada, despreendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum⁷⁸⁵.”

Há que se observar ainda que o direito ali assegurado aos entes federados depende de outro instrumento normativo - lei ordinária-, que deve ser elaborado segundo as diretrizes da Constituição.

Também merece registro o fato de que nesse texto constitucional não há uma cláusula dizendo que só os entes confrontantes têm direito à partilha. Não há essa restrição. Nem poderia porque a receita decorre da exploração de um bem da União. O que se assegura aos entes federados confrontantes é uma parcela das receitas petrolíferas. Não a totalidade.

Essa afirmação decorre do fato de que a interpretação do art. 20, § 1º da CF/88 não pode ser materialmente incoerente com o sistema jurídico nacional, em que a Constituição é seu estatuto jurídico-político de maior expressão⁷⁸⁶.

Seguindo essa trilha, o Congresso Nacional, por intermédio de seus parlamentares eleitos pelo povo brasileiro, tem o papel relevante de fixar a distribuição dos *royalties*, por meio de lei ordinária, levando em consideração o interesse coletivo da Federação e não apenas os interesses particulares dos entes confrontantes às bacias petrolíferas.

No exercício dessa atividade, evidentemente, o legislador não pode dispor sobre a partilha conforme critérios de conveniência e nem segundo uma mera interpretação gramatical, mas sim consoante princípio de justiça distributiva fiscal, o que requer se coloquem na balança distributiva os mais elevados valores jurídicos da sociedade brasileira.

Essa exigência decorre do fato de que as leis e as normas jurídicas em geral não existem fora do sistema, isto é, “não existem no vácuo” como diz Oscar Vilhena Vieira, mas apenas como parte de um sistema complexo⁷⁸⁷.

Como vem se ponderando, percebe-se que as impropriedades técnicas do texto normativo em exame não constituem impeditivo para se chegar à solução constitucionalmente

⁷⁸⁵ GRAU, 1977, p. 177.

⁷⁸⁶ A interpretação no contexto sistêmico é apresentada por GRAU, como uma modalidade de interpretação em sentido estrito. *Op. cit.*, p. 166-167.

⁷⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Nota de apresentação à obra Introdução à análise do direito*. NINO, Carlos Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XV.

mais adequada, a ser construída com base no paradigma interpretativo filosófico, que nos remete para os valores presentes nos princípios que compõem nossa Constituição.

Já agora é oportuno considerar que a ênfase dada à interpretação gramatical ao texto em exame só serve para deslocar o verdadeiro foco da discussão, que reside em saber se a Constituição Federal, em seu §1º do art. 20 em conexão com todos os princípios e valores implicados na questão distributiva, autoriza fazer uma distribuição das receitas petrolíferas segundo estabelece a Lei 12.734/2012.

Nessa linha reflexiva, percebe-se que o cerne da questão envolve uma investigação que intercala justiça distributiva como tema da Filosofia Política, Federalismo de cooperação e Teoria do Direito, enquanto temas jurídicos, fato que se situa muito além da análise gramatical.

Sinteticamente, a decisão que, baseada na interpretação gramatical, afirma que apenas os Estados confrontantes têm direito aos recursos dos royalties petrolíferos ou que entende ser inconstitucional o novo arranjo distributivo da Lei 12.734/2012 não é suficiente para enfrentar o problema posto nesta investigação.

5.9.2 É possível determinar a interpretação mais adequada para o problema da distribuição dos *royalties* petrolíferos?

Avançando um pouco mais, caminha-se no intuito de se saber se é possível determinar, entre duas ou mais opções interpretativas para um texto, tal como ocorre quanto ao art. 20, §1º da CF/88, qual delas expressa a resposta constitucionalmente mais adequada. Investiga-se também se a distribuição dos *royalties* como estabelecido pela Lei 12.734/2012 manifesta-se conforme a Constituição.

Já se apontou na seção precedente que o texto do §1º do art. 20 admite, pelo menos, duas interpretações possíveis. Dentre as possibilidades, os Estados confrontantes escolheram a opção que lhes é mais conveniente, procurando, nessa medida, restringir a possibilidade de partilha dos *royalties* entre os Estados não confrontantes, daí que sustentam ser inconstitucional o novo arranjo distributivo prescrito pela Lei 12.734/2012.

Mas o problema central reside em saber se a posição assumida pelos Estados confrontantes é a que melhor expressa o ideal de justiça prestigiado pela Constituição de 1988.

O exame dessa matéria requer que se demonstre qual a Teoria do Direito e da Constituição revelam-se mais adequadas para se empreender a leitura da Constituição de 1988, especialmente em matéria de distribuição de recursos públicos no âmbito de nossa Federação.

Hans Kelsen encara o tema da interpretação jurídica como uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito numa sequência que vai de um escalão superior para um escalão inferior⁷⁸⁸.

Segundo o paradigma kelseniano, a interpretação de uma lei “não deve conduzir necessariamente a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor⁷⁸⁹.”

Nessas condições, diante de um texto normativo, havendo duas ou mais interpretações possíveis, todas têm igual peso, cabendo ao julgador, no exercício da política judicial, escolher uma delas, que se torna Direito - no ato do Tribunal especialmente.

Para Kelsen, a questão da interpretação e da escolha da solução, dentre as possibilidades dadas pelo ordenamento jurídico, não é um problema da Teoria do Direito, mas, uma questão de política do Direito⁷⁹⁰, porquanto o Direito não teria como controlar teoricamente qual a melhor solução e nem o ato de escolha do julgador.

Todavia, essa maneira de enxergar a interpretação não mais é compatível com o atual estágio da Teoria do Direito que, sem sombra de variação, provocou uma ruptura paradigmática na maneira como o texto normativo dever ser interpretado, valendo destacar que os aportes teóricos contemporâneos trazem novas luzes para a leitura da Constituição de 1988, nomeadamente pela plêiade de princípios morais presentes em seu Texto.

Então, qual o caminho a seguir?

A trilha teórica desenvolvida por Ronald Dworkin aborda a questão da interpretação por uma perspectiva muito mais interessante e consentânea aos propósitos de um problema que demanda uma leitura moral do texto constitucional, considerando que o Direito impõe obrigações morais ao Estado.

Para esse jusfilósofo, o processo interpretativo pode, perfeitamente, conduzir a uma única resposta certa, isto é, uma solução mais adequada do ponto de vista do ideal político perseguido pela sociedade. Essa resposta deve ser a mais ajustada aos fins da

⁷⁸⁸KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 267 e ss.

⁷⁸⁹KELSEN, 1999, p 267.

⁷⁹⁰*Ibidem*, p. 268.

sociedade, ou seja, deve ser a que melhor expresse o conteúdo de justiça material e, portanto, condizente com o sistema integrado de valores da sociedade destinatária da decisão⁷⁹¹.

Por esse prisma, não é aceitável acolher qualquer solução interpretativa para uma questão que envolve distribuição de recursos públicos decorrentes da exploração de um patrimônio nacional, qual seja o petróleo.

Todavia, a interpretação mais adequada não significa uma solução absolutamente correta. É dizer, a atividade interpretativa não tem condições de apontar uma resposta definitiva para o problema; uma solução que encerre a questão para sempre; válida para todas as épocas, dado que não é possível abarcar a variedade e a permanente mutação das relações sociais e porque a interpretação tem como referência de sentidos a pauta de valores morais da sociedade⁷⁹².

A interpretação, nesse aspecto, é condicionada pela sua época, razão pela qual é problemática a interpretação, por exemplo, que busca alcançar a vontade do legislador (*mens legislatoris*).

Posto isso, assume-se a posição de que não se pode acolher como legítima uma decisão judicial que se apoia numa interpretação conflitante com o sistema de valores acolhidos pela sociedade, por via de sua Constituição, mesmo que essa decisão seja expedida pela mais alta Corte de Justiça do país.

É que a integridade do sistema jurídico repele interpretações que agridem o ideal político adotado pela Sociedade, por via de seu Estatuto Político. Nas palavras de Dworkin:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência, mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção⁷⁹³.

Na perspectiva dworkiana, compete ao intérprete realizar a ponte entre o texto normativo e o direito em toda sua extensão, não sendo essa atividade não é arbitrária, como podem pensar alguns, mas norteada pelos valores integrantes do ideal político da sociedade, o que possibilita seu controle.

Assim, só se admite como justa a solução que esteja em conformidade com os

⁷⁹¹DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 612 e ss.

⁷⁹²KARL, 2012, p. 443.

⁷⁹³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 218. p. 202.

valores morais eleitos pela sociedade, donde se tira a conclusão de que somente as interpretações que se apresentam condizentes com os valores morais da sociedade destinatária da norma devem ser acolhidas ⁷⁹⁴, devendo as demais ser descartadas para não frustrar o ideal político dessa comunidade.

Utilizando-se de uma imagem do pensamento de Dworkin, pode-se dizer que a Constituição de 1988 é a vela moral de nosso barco jurídico, daí ser propício afirmar que faz-se parte de um Estado iluminado por valores morais, que devem guiar o processo interpretativo ⁷⁹⁵.

Nesse compasso, o caminho condutor para se determinar a melhor interpretação ao texto do §1º do art. 20 da CF/88 e de sua relação com a Lei 12.734/2012 não é outro senão o argumento fundado nos valores morais que a regra constitucional encerra.

Não qualquer argumento, mas o argumento plenamente coerente com o plexo de valores adotados na Constituição.

Poder-se-ia objetar no sentido de que não é possível determinar o melhor argumento. Todavia, uma atitude interpretativa, reflexiva e crítica, que ultrapasse os contornos do “positivismo jurídico”, ancorada no sistema integrado de valores prestigiados pela sociedade brasileira, permite visualizar o problema sob a melhor luz ⁷⁹⁶.

É o que se passa a empreender na seção seguinte.

5.9.3 O petróleo como bem comum e a distribuição dos *royalties* segundo princípios de justiça distributiva

Nesta seção, demonstrar-se-á que o caminho mais adequado para se apresentar uma solução justa ao problema da partilha das receitas públicas oriundas da exploração do petróleo do pré-sal é a que adota como ponto de partida a ideia de que a distribuição do petróleo na região marítima brasileira representa um bem comum no sentido dado por John Rawls ⁷⁹⁷.

Na sequência desta fase argumentativa, far-se-á uma incursão pelo pensamento de

⁷⁹⁴DWORKIN, 2014, p. 218.

⁷⁹⁵DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 59. Essa leitura moral da Constituição requer que os juízes encontrem o melhor sentido dos princípios constitucionais morais, ou seja, a melhor concepção.

⁷⁹⁶DWORKIN, *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. *Op. cit.*, p.

⁷⁹⁷RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p.

Dworkin com o fim de se mostrar que a partilha dos *royalties* do petróleo demanda uma leitura moral da Constituição, uma vez que o Estado brasileiro tem uma responsabilidade com o destino de todos os seus cidadãos.

Conforme se assentou no capítulo primeiro, Rawls demonstra que a sociedade como empreendimento cooperação social para o benefício de todos. Para ser bem ajustada, essa sociedade necessita de ser norteada por princípios de justiça social, pois sem esse regramento a injustiça na partilha dos benefícios é inevitável, por diversas razões, entre elas o egoísmo, a arbitrariedade do acaso natural e a sorte social.

Em virtude dessas circunstâncias aleatórias, geradoras de disparidades sociais e econômicas, os princípios formulados por Rawls funcionam como mecanismos para atenuar ou corrigir, na medida do possível, as distorções que ocorrem no contexto social.

Considerando que o petróleo do pré-sal não está localizado dentro dos limites territoriais dos Estados e Municípios confrontantes qual seria a medida adequada da parcela dessa receita que lhes é devida?

Considerando que o petróleo do pré-sal é um bem da União e cuja extração dá-se em região marítima bem distante do território e com recursos do povo brasileiro, com eventual impacto bem menor do quando em terra, o que justifica manter a distribuição dos *royalties* segundo os velhos critérios adotados antes da Lei 12.734/2012?

Podem esses entes reivindicar o rateio da receita em proporção tal como se a extração do petróleo estivesse em seus territórios? Noutro giro, seria justo que os Estados confrontantes aumentassem suas parcelas de *royalties* em detrimento dos demais entes da Federação? Como querer aumento de receita se isso não implica benefício, na mesma proporção, em favor das demais unidades?

Não seria justo que esse percentual viesse a ser bem menor em razão do reduzido risco de dano potencial aos entes federados confrontantes?

Os entes confrontantes possuem algum mérito quanto à existência de petróleo nas áreas marítimas?

Do ponto de vista da moralidade política e da justiça social, fundamentada em valores como a igualdade, liberdade e solidariedade, seriam razoáveis e aceitáveis querer maiores vantagens (maior parcela de *royalties*) que não se traduzem em benefícios de todos?⁷⁹⁸

A forma de partilha defendida pelos entes confrontantes contribui para redução

⁷⁹⁸ RAWLS, *Princípio da diferença*, p. 126.

das desigualdades no Brasil?

Ademais, mesmo se admitindo uma compensação em favor dos entes confrontantes não pode ser estabelecida na mesma proporção que a extração realizada em terra, porquanto se trata de situações diferentes, a exigir tratamentos diferenciados.

Como os talentos são distribuídos? Como o petróleo é distribuído?

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada ao longo dos capítulos deste trabalho pode-se chegar à segura conclusão de não há qualquer inconstitucionalidade na Lei 12.734/2012, uma vez que se constitui num dos mais avançados instrumentos jurídicos de equalização financeira no contexto da federação brasileira.

O estudo detalhado que se desenvolveu permitiu revelar que o mencionado instrumento normativo cumpre relevante propósito de promover justiça distributiva em um contexto federativo marcado por graves e inaceitáveis desigualdades sociais e regionais e em total descompasso com o ideal político da sociedade brasileira, que é o de construir uma sociedade justa e solidária.

Ao se examinar com minudência o conteúdo da lei em destaque, verificou-se que o arranjo normativo estabelecido para partilha dos *royalties* petrolíferos do pré-sal fortalece o sentido de federação orientada pelo princípio do federalismo cooperativo em sua dimensão social, na medida em que sua tônica distributiva tem por fim também corrigir distorções nas capacidades financeiras dos entes subnacionais (Estados-membros), de modo a beneficiar equitativamente a todos os entes federados.

Nesse sentido, a pesquisa possibilitou desconstruir a tese de que a Lei 12.734/2012 ofende ao princípio federativo porque, supostamente, provocaria desequilíbrio financeiro na federação. Ao contrário disso, demonstra-se que se trata de instrumento legal que prestigia no mais alto plano o modelo de federalismo adotado pela Constituição Federal de 1988, pois mostra-se perfeitamente condizente com os valores e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tal como expresso no art. 3º, da CF/1988, entre os quais o de promover o bem de todos, o de erradicar a pobreza e o de reduzir desigualdades socioeconômicas.

No capítulo primeiro discorreu-se sobre a teoria de justiça como equidade para demonstrar que a construção de uma sociedade justa, como proclama a Constituição Federal de 1988, exige que se adote determinados fundamentos teóricos da justiça distributiva, conforme a formulação de Rawls, corroborada pela contribuição de Dworkin no ponto em que este concilia igualdade e liberdade como valores político-jurídicos situados no mesmo plano.

Nesse percurso argumentativo, constatou-se que, em virtude dos valores incrustados na Constituição Federal de 1988, dentre os quais o da solidariedade/reciprocidade/fraternidade, em liame com o ideal da igual cidadania e o valor-fonte dignidade da pessoa humana, a teoria rawlsiana serve de fundamento adequado para se

interpretar a sociedade brasileira como um sistema equitativo de cooperação social, pois assim autoriza a leitura da Constituição Federal sob a melhor luz.

Ao se visualizar a sociedade brasileira segundo a perspectiva da teoria de Rawls, no que essa teoria mostra-se compatível com a nossa realidade, verifica-se que a redução das disparidades sociais e regionais existentes no país torna exigível que se viabilizem mecanismos jurídicos que dotem equitativamente os diversos entes federados (União, Estados-membros, DF e Municípios), de capacidade financeira suficiente para oferecer serviços públicos essenciais, como saúde, educação, saneamento básico, com padrão de qualidade similar em todo território nacional.

No segundo capítulo, esclareceu-se que a distribuição equitativa de recursos públicos, segundo o princípio da igualdade federativa, permite que se efetive o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, por força do qual todos os cidadãos brasileiros têm direito de acesso a serviços públicos decentes e em igualdade de condições, independente do lugar onde residem, da origem familiar ou de qualquer fator arbitrário.

Nessa quadra da pesquisa, argumenta-se que há uma estreita relação entre os princípios da justiça distributiva e o princípio do federalismo cooperativo em sua dimensão financeira. Assim, não há incompatibilidade entre o federalismo adotado pela CF/1988 e as bases fundamentais da teoria de Rawls, porquanto partem do pressuposto essencial que reconhece o valor intrínseco de cada pessoa e da ideia de que a construção de uma sociedade justa passa, necessariamente, por relações pautadas na solidariedade, que no caso das relações governamentais pode-se denominar de solidariedade federativa ou intergovernamentais.

A comprovação de que o Brasil adota o federalismo cooperativo na faceta financeira reside no fato de utilizar mecanismos de transferências de receitas públicas financeiras, pelo viés da equalização vertical (União na relação com os entes subnacionais), a exemplo do Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios, do FUNDEB.

A pesquisa mostrou também que o Estado do Espírito Santo, por meio da edição da Lei Estadual n. 8.308/2006, procura aprofundar a aplicação do federalismo cooperativo, na medida em que criou o Fundo de Redução das Desigualdades Regionais, em que fixa o índice de participação financeira para cada um dos 70 (setenta) municípios beneficiados daquele Estado.

Argumenta-se durante o trabalho que o federalismo hospedado pela Constituição Federal de 1988 não se limita à dimensão administrativa e política, que implica em descentralização de atribuições e encargos (competências comuns), uma vez que impõe correlatamente o dever do Estado implementar equalização financeira entre os entes

federados, em respeito ao princípio da igualdade federativa, para o fim de possibilitar que todos tenham capacidade financeira suficiente para prestação dos direitos fundamentais sociais.

O objetivo da equalização financeira, por via dos mecanismos (re)distributivos não é o de simplesmente reforçar o caixa dos governos subnacionais, mas o de, em última instância, promover a liberdade substantiva, que se manifesta pela ideia de igual cidadania em seu sentido jurídico-político, enquanto exigência do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, demonstrou-se que as reservas petrolíferas do pré-sal não se situam em “território” pertencente aos entes federados confrontantes, de modo que essas unidades federadas não detêm autonomia jurídico-política sobre as áreas marítimas, onde estão as jazidas de petróleo. Por isso, não podem reivindicar as receitas decorrentes da exploração petrolífera como se fossem proprietários das áreas oceânicas (mar territorial, plataforma continental).

Por conta disso, inadmissível a pretensão de se partilharem os *royalties* somente entre esses entes da federação.

Constatou-se também que os *royalties* do petróleo são receitas públicas patrimoniais devidas à União como proprietária, enquanto que as parcelas recebidas pelos entes subnacionais têm natureza jurídica diversa, recebendo a denominação de compensação financeira.

No quarto capítulo, verificou-se que o *royalty* do petróleo constitui um autêntico preço público devido à União pela empresa extratora. Diante disso, chegou-se à conclusão de que o fundamento para imposição dessa exação patrimonial repousa no fato de a União realizar, por via de um contrato, a alienação de um bem público dominial.

Sendo assim, não há que se falar em contraprestação pelo uso de um bem público, uma vez que cada barril de petróleo que se retira implica em diminuição desse patrimônio natural, sem qualquer possibilidade de renovação.

No quinto capítulo, constatou-se que o critério da proximidade geográfica ao local da extração do petróleo revelou-se inconstitucional para resolver o problema da partilha dos *royalties* petrolíferos porque leva em conta um fator aleatório e arbitrário, que é a rigidez locacional desse bem, que se encontra distribuído assimetricamente nas regiões marítimas do Brasil.

No curso desta parte da tese, mostrou-se que a adoção do critério geográfico contribui para o agravamento das desigualdades sociais e regionais, na medida em que, ao se conferirem privilégios financeiros aos entes confrontantes, gera-se concentração de receitas na

região sul do país, pois o rateio dos recursos fica restrito a poucos entes da federação, contrariando o ideal político do Estado brasileiro, que é o de construir uma sociedade justa e solidária, em que todos possam usufruir equitativamente dos benefícios gerados no país.

Por fim, demonstrou-se que a Lei 12.734/2012, no que se refere à partilha dos *royalties* petrolíferos, em consonância com a Constituição Federal de 1988, adota o princípio da igualdade federativa, sendo que sua aplicação fortalece o princípio do federalismo de cooperação, corrige distorções financeiras na federação e, em última instância, contribui para melhor financiar os serviços públicos em todo o país.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Tradução Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; GOBETTI, Sérgio Wulff. Rendas do Petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos. *Revista do BNDES*, volume 15, nº 30. Rio de Janeiro: 2008, p. 231.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Federalismo e Políticas Sociais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 28. São Paulo: ANPOCS, jun.1995.

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Boletim Anual de Preços 2016: preços do petróleo, gás natural e combustíveis nos mercados nacional e internacional*. Rio de Janeiro: ANP, 2016.

APOZO, Joana Tavares da Silva. *Limites do Princípio da Solidariedade na instituição das contribuições sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ARAÚJO, Tania Barcelar. Prefácio ao livro: *Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate*. MONTEIRO NETO, Aristides (Org.). Brasília: IPEA, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômão*. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural/Victor Civita, 1984.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *Processo Legislativo e Orçamento Público: Função de controle do parlamento*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. In ICM e circulação jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 144. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abr./jun.1981, p. 227-228.

AUTY, Richard M. Natural resources, capital accumulation and the resource curse. *Ecological Economics*, 2007, n. 61, p. 630.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: O Globo, 1969.

BADÍA, Juan Ferrando. *El Estado Unitario, el Estado Federal y el Estado Autonomico*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1986.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2002, p.49-60, out.dez.1995, p. 52. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46617> Acesso em 04.mar.2017

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O mundo globalizado*. 5ª ed. São Paulo: Contexto, 2012.

BARBOSA, Décio. *Tributação do petróleo no Brasil e outras jurisdições*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica: Inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo*. Disponível em <luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf> Acesso em 12.01.2017

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro. Liberalismo, Desigualdade e Direito Tributário. *Revista Brasileira de Estudos Político*, Belo Horizonte, n. 110, p. 217-272, jan./jun.2015, p. 236.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e*

tributação: das origens à crise atual. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BATISTA Júnior, Onofre Alves; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalismo fiscal brasileiro. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). Coleção *Federalismo e Tributação*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonadi, 2003.

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

BERCOVICI, Gilberto. Federalismo Cooperativo e Igualização das Condições Sociais de Vida. In: MARTINS, Cristiano Franco (Coord.). Rio de Janeiro: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XIX, 2008.

BERNANDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BITAR, Eduardo C.B. Ética, Cidadania e Constituição: O direito à dignidade e à condição humana. *Revista Brasileira de Direito – RBDC*, n. 8-jul./dez.2006, p 130-132.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª ed. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia Participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONITO, Raphael Frattari; MOURÃO, Júlio César Mota. Federalismo Fiscal: Análise do Sistema Brasileiro de ICMS À Luz da PEC 31-A de 2007. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2210.pdf, acesso em 10.3.2017.

BORNHORST, Fabian; GUPTA, Sanjeev; THORNTON, John. *Natural resource endowments, governance and the domestic revenue effort: evidence from a panel of countries*. IMF Working Paper, n. 08/170, 2008.

BRAGA, Luciana Palmeira. *Pré-sal: Individualização da produção e contratos internacionais de petróleo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAGA, Raphael Brasileiro. *O foco na estrutura básica: pressupostos para uma sociedade justa segundo John Rawls*, p. 118. Argumentos, Ano I, N.º. 2 – 2009. Disponível em www.peridicos.ufc.br/index.php/argumentos/article/viewFile/195/195. Acesso em 21.08.2016.

BRASIL, STF - ADI 4917. No item 29, parte final, p. 33, o autor da ação diz expressamente: “É bem de ver, a esse propósito, que 5% do valor total arrecadado com royalties vai para o FECAM (Fundo Estadual de Controle do Meio Ambiente). Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 10.10.2016.

BRASIL, STF: Disponível em <stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Acesso em 17.01.2017.

BRASIL, STF: Petição da ADI 4916. Disponível em <stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Cópia anexada no Diário Oficial da União de 15 de março de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. *Lei n. 9.478*, de 6 de Agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm, Acesso em 20.out.2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.734*, de 30 de novembro de 2012. Modifica as Leis n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, e n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12734.htm, Acesso em 21.08.2016.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, Acesso em 20.out.2016.

BRASIL: Confederação Nacional dos Municípios – CNM: Subfinanciamento da Educação e da Saúde. Brasília, 2016. Disponível em < www.cnm.org.br > Acesso em 10.fev.2017.

BRASIL: *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <http://www2.valor.com.br/brasil/4866746/crise-faz-saude-ganhar-espaço-no-gasto-dos-estados> Acesso em 02.mar.2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Doença holandesa e sua neutralização: uma abordagem ricardiana. In: BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos (Org.). *Doença holandesa e indústria*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BREYNER, Frederico Menezes. As regras atuais do FPM: Questões jurídicas e econômicas pertinentes ao impacto dos benefícios fiscais concedidos pela União Federal no âmbito do IPI e do IR. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA Júnior, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e tributação: Das origens à crise atual*. Coleção Federalismo e Tributação, v.1. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). In: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcante. Argumentação jurídica como justificação: Em busca de uma definição comum para as Teorias da Argumentação Jurídica contemporâneas. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.). *Teoria do Direito e Decisão Racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulenian, 1989.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO. J.J Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDIM, Carlos Henrique. Nota de apresentação à edição brasileira da obra *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

CARDOSO, Luiz Cláudio. *Petróleo: do poço ao posto*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

CARNEIRO, Ava da Silva Carvalho. *A desigualdade e a invisibilidade social na formação da sociedade brasileira*. Disponível em www.cult.ufba.br. Acesso em 25.08.2016.

CARRIÓ, Genaro R. *Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASSELLA, Paulo de Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTEL, Odile. *La dynamique institutionnelle de l'économie populaire solidaire dans les pays du Sud*. Montreal: Universidade du Québec em Outaouais, Chaire de recherche em développement des collectivités, Série Comparaisons internationales, nº 4, p.21.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: Desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHAGAS, Marco Antônio. *Amapá: A mineração e o discurso da sustentabilidade: de Augusto Antunes a Eike Batista*. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

CHELALA, Cláudia; SOARES, Christianni Lacy. O caso de Vila Brasil no Parque Nacional de Montanhas do Tumucumaque. *PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP*, nº 2. Dez.2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br>. Acesso em 16.set.2016.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos de Filosofia Constitucional contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

COELHO, Cristiane. O caráter democrático do orçamento de investimento. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONJUR: Consultor Jurídico. *Para juristas alemães, federalismo cooperativo pode funcionar no Brasil*. Entrevista, de 25.ago.2014. Disponível em: <conjur.com.br/2014-ago-25/juristas-alemaes-federalismo-cooperativo-funcionaria-brasil> Acesso em 17.fev.2017.

CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de

Freitas, 2001.

COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478/1997*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador, BA: JusPodium, 2013.

CURI, Adilson. *Minas a céu aberto: planejamento de lavra*. São Paulo: Oficina de Textos, 2014.

Dados disponíveis em <<http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DANNER, Leno Francisco. *Justiça Distributiva em Rawls*, p. 3. Publicado em [sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/Justi%20%80%A1a_Distributiva_em_Rawls\[1\].pdf](http://sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/Justi%20%80%A1a_Distributiva_em_Rawls[1].pdf). Acesso em 23.07.2016.

DEMO, Pedro. *Pobreza da Pobreza*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

DENARI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, da boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra Fiscal, Bolsa Família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, V. 16, n. 108, Fev./Maio 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Coleção: Os economistas. Princípios de economia política e tributação. Título original *On the Principles of Political Economy and Taxation*. Tradução Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Libreros, 1969.

DIMITRI DIMOULIS, essa manifestação foi expressa no Digesto de Justiniano, mediante a expressão latina "*Iustititia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*" Disponível <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>. Acesso em 30.set.2016.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 35-50. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal*. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjunior.com.br/?q=publicacoes-cientificas/137>> Acesso em 04.mar.2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EL KHALILI, Amyra. *Commodities ambientais em missão de paz – novo modelo econômico para a América Latina e o Caribe*. São Paulo, SP: Nova Consciência, 2009. 271 p.

ENRIQUEZ, Maria Amélia Rodriguez da Silva. Equidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos minerais: alternativa dos Fundos de Mineração. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, vol. 5:61-73, p. 63. Disponível em <http://www.redibec.org./IVO/rev5_05.pdf>. Acesso em 22.08.2016.

FABRIZ, Daury Cesar. Federalismo, municipalismo e direitos humanos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, out/nov./dez, 2010, v.77, n.4, ano XXVIII, p. 84. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upoad/Materia/1085.pdf>. Acesso em 06.mar.2017.

FARIAS, Patrícia. Nacionalismo e participação popular na campanha “O petróleo é nosso”. PIQUET, Rosélia (Org.). In: *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria Política Contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Direito Financeiro Aplicado ao Setor do Petróleo*. Tese de Doutorado exigida para a obtenção do título de Doutor no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Orientador:

José Maurício Conti. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/.../2/.../andressa_torquato_tese_versao_final.pdf, Acesso em 20.Out.2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.48, n.189, jan./mar.2011, p. 114. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em 13.01.2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito; técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídicos – El positivismo principalista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1988.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa* a 42, n.165, jan/mar. 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/206/R165_05.pdf?sequence=4>. Acesso em 10.08.2016.

FRANÇA, Wanderson Édipo. In: *Gente do povo em Pernambuco: da Revolução de 1817 à Confederação de 1824*. Disponível em <<http://www.revista.ufpe.br/revistacliio/index.php/revista/article/view/547/437>> Acesso em 08.jan.2017.

FRANK, Lovett. *Uma teoria da justiça de John Rawls*. Tradução Vinícius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Man and His Government. Na Empirirical Theory of Politics*. Mc Graw-Hill Book Company, Inc, New York, 1963.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *Debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.36 n.143 jul./set.1999, p. 191. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>. Acesso em 14.fev.2017.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: um breve Manual de Filosofia Política*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GASSEN, Valcir. *Tributação na origem e no destino: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. *Tributação e distribuição de renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas*. Brasília: Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo, 2016.

GODOI, Marciano Seabra. Nova Legislação do Fundo de Participação dos Estados (LC 143/2013): A curiosa resposta do Congresso Nacional às determinações do Supremo Tribunal Federal. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado e Tributação*. Coleção Federalismo e Tributação, v.1. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba-PR: Juruá, 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. 2ª ed. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Coleção Teoria e Filosofia do Direito. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidade y Validez: sobre el Estado Democrático de Derecho em términos de teoria del Derecho*.

HEINTZEN, Markus. A distribuição das verbas públicas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios na República Federal da Alemanha. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado*. Coleção Federalismo e Federação, v. 2. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000.

HONÓRIO, Antônio Gonçalves. *Federalismo e tributação internacional*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

HORBACH, Beatriz. Consultor Jurídico: CONJUR: *STF redescobre federalismo cooperativo – notas sob a perspectiva alemã*. Disponível em: <conjur.com.br/2017-fev-11/stf-redescobre-federalismo.cooperativo-notas-visao-alema> Acesso em 17.fev.2017

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Revista e atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: 2010.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOVART, Estevão. Direito Financeiro versus Direito Tributário. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: *Direito Financeiro, Econômico e Tributário: Estudos em Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; SCAFF, Fernando Facury (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

<http://hydrocarbures.gouv.qc.ca/documents/etudes/GECN03.pdf>. Acesso em 20. Out.2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social na sociedade de risco – Solidariedade e financiamento – A garantia da renda mínima*. Disponível em www.sinteseeventos.com.br. Acesso em 27.08.2016.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

Jornal *O Globo*, edição de 26.01.2016. Disponível em <oglobo.com/rio/estado-usara-85-royalties-para-pagar-dividas-antigas-205114602> Acesso em 10.01.2017.

JÜRGEN SCHWABE. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Henning; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montevideo, Paraguai: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

JUSTO, António da Cunha Duarte. *Jornada Mundial da Juventude de 2016 na Polónia*. Publicado em 03.ago.2016. Disponível em: www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=kA_QV9Hv9OixgTm3pgD#q=receitas+de+impostos+e+educação+Alemanha>. Acesso em 07.set.2016.

KARL, Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

KARL, Terry Lynn. *The paradox of plenty: Oil booms and petro-states*. Berkeley: University of California Press, 1997.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LACLAU, Ernesto. O retorno do povo: Razão populista, antagonismo e identidade coletiva. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n° 23, out.2005, p. 09-34.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LAUFER, Heinz. O ordenamento financeiro no estado federativo alemão. In: *O federalismo na Alemanha*. Traduções, Ano 1995, n° 7. Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, p. 152-155.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOSANO, Mário G. Em introdução à obra *O problema da justiça de Hans Kelsen*. 5ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria do petróleo: evolução normativa*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Participações governamentais: atribuição de custos e distribuição de renda. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 69-88, maio/ago.2014, p. 77.

LOVETT, Flank. In: *Uma teoria da justiça, de John Rawls*. Porto Alegre: Penso, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3ª ed. Tradução Ana Cristina Arantes. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, em apresentação à obra Ronald Dworkin. *Coleção Teoria e Filosofia do Direito*. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MADUREIRA, Claudio. *Royalties do petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAFFETTONE, Sebastiano, VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES, Luiz José Quadros de. *Federalismo e descentralização*. Pacto Federativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARSHALL, Alfred. *Princípio de economia – Tratado introdutório*. v. 1. Tradução Rômulo Almeida; Ottolmy Strauch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito de seguridade social*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Tradução Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Pinguin, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEYERS, Charles J; WILLIAMS, Howard R. *Oil and Gas Law*. Lexis Nexis, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 2012.

MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

MONIÉ, Frédéric. Petróleo industrialização e organização do espaço regional. PIQUET, Rosélia (Org.). In: *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

MORAES, Filomeno (Org.). *Teoria do Poder*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MOREIRA, Luiz. *Apresentação à edição brasileira de A virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6ª ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: RT, 2011.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012.

NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: 2000.

NEDEL, José. A Theory of Justice – Uma Teoria da Justiça, em 1971. In: *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NOSSO FUTURO COMUM. *Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

NOZIKC, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Nova York; Basic Books, 1974. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

NUSDEO, Ana Maria. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o protocolo de Quioto. *Revista de Direito Ambiental*, v. 37, 2005.

OCDE: *Fiscal equalization in OECD Countries*, Working Paper nº 4, 2007. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/federalism/39234016.pdf> > Acesso em 02.mar.2017.

OLIVEIRA, Daniel Almeida. *Pré-sal: Novo marco regulatório das atividades de exploração e*

produção de petróleo e gás natural no Brasil. Disponível em <http://www.agu.br/page/download/index/id/1437979> Acesso em 10.jan.2017.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, Samuel Cunha. *O pacto federativo brasileiro e o princípio da solidariedade constitucional*. Disponível em <jus.com.br/artigos/26112/0-pacto-federativo-eo-principioda-subsidiariedade-constitucional> Acesso em 09.jan.2017.

PARIS, Philippe Van. *O que é uma sociedade justa? Introdução à prática da filosofia política*. Tradução Cíntia Ávila de Carvalho. São Paulo: Ática, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. Atualizadora Maria Celina Bondin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

PEUGNY, Camille. *O Destino Vem de Berço? Desigualdades e reprodução social*. Tradução Vanina Carrara Sigrist. Campinas, SP: Papyrus, 2014.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIQUET, Rosélia. Da cana ao petróleo: uma região em mudança. In: *Petróleo, royalties e região*. PIQUET, Rosélia (Org.). Rio de Janeiro: Garamont, 2010.

PIRES, Paulo Valois. *A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. Federalismo, Tipos de Estado e conceito de Estado Federal. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri, SP: Manole, 2004.

PRADO, Sergio. *Equalização e federalismo fiscal: Uma análise comparada*. Alemanha, Índia, Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

PRADO, Sérgio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada*. Alemanha, Índia,

Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

PRETE, Esther Külamp Eyng. *Efetividade dos direitos sociais e sua dimensão econômica: Relação entre Lei, Inclusão e Prosperidade*. Dissertação defendida recentemente (2016) perante Banca Examinadora da faculdade de Direito da UFMG, sob orientação da Prof^a Dr^a Fabiana de Menezes Soares.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Atlas do desenvolvimento humano no Brasil. Disponível em <http://www.undp.org/content/brazil/pt/homem/idh.htm>. Acesso em 14.ago.2016.

RAMOS, Dircêo. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. Organizado por Erin Kelly. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 59. Disponível em <http://www.atica.com.br>, Acesso em 24.07.2016.

RAWLS, John. *Theory of Justice. Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REDGWEEL, Catharine. *Property Law Sources and Analogies in International. Property and Law in Energy and Natural Resources*. MAC HARG, Allien; BARTON, Barry; BRADBROOK, Adrian; GODDEN, Lee (Org.). New York: Oxford University Press, 2010.

RÊGO, Andressa Guimarães Torquato Fernandes. Uma análise acerca da classificação das receitas petrolíferas na lei orçamentária. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). In: *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011.

REIG, Carlos Padrós. *El modelo Federal Aleman de Relaciones Financieras (Finanzbeziehungen) y Igualización Financiera entre Estados (Länderfinanzausgleich)*. Disponível em http://presidencia.gencat/web/.content/ambits_actuacio/desenvolupament_autogovern/Publicacions/REAF_articles/REAF-17-abril-2013/-reaf17_padros.pdf Acesso em 04.mar.2017.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ROCHA, Francisco Sergio Silva; SCAFF, Fernando Facury. Princípios, elementos e conceito do Estado Federal. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas Ramos (Coord.). *O federalismo atual:*

teoria do federalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROSS, Michel L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. Princeton University Press, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: www.jahr.org. Acesso em 24.07.2016.

ROVIRA, Enoch Albertí. *Federalismo y Cooperacion em la Republica Federal Alemana*. Centro de Estudios *Políticos y Constitucionales*, 1986.

RUBENSTEIN, Flávio. *Receitas Públicas de Recursos Naturais no Direito Financeiro*. Tese defendida em 2012, perante Banca examinadora da Faculdade de Direito da USP.

RUBINSTEIN, Flávio. Promoção da equalização fiscal no federalismo brasileiro: O papel dos fundos de participação. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo fiscal: Questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

SALERT, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. Estado ético e o Estado poético. Belo Horizonte, MG: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, editada em CD-ROM, edição 02, 1988 - Ano XVI. Disponível em http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02-sumario?next=3 Acesso em 08.jan.2013.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, n. 178, abr./jun. 2008, www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176536/000842803.pdf. Acesso em 21.jul.2016.

SANTOS, Lília Teixeira. *O cidadão e o paradigma democrático substancial da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em 20.08.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHANTZ Jr., Radford. *Purpose and effects of a royalty na a public land materials*. *Resources Policy*, v. 20, n.1, p. 1995.

SCHUMPETER, A. Joseph. *The economics and sociology of capitalismo*. Princeton: Princeton University Press, 1991.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. MARTINS, Leonardo (Org). Tradução Beatriz Hennig e outros. Montevideo, Uruguay: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: LTr, 2013.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução Ricardo Donineli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SERRA, Rodrigo; PATRÃO, Carla. *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Royalties e petróleo*. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/183_royalties_petroleo.pdf> Acesso em 10.jan.2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4ª ed. Belo Horizonte: del Rey, 2010.

SILVEIRA, Alessandra. *Cooperação e compromisso nos Estados compostos*. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho. *Governança pública de royalties: Federalismo fiscal e futuras gerações*. Dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da USP. Disponível em www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-13022015-135919/. Acesso em 21.08.2016.

Site do Departamento de Engenharia de Petróleo da UNICAMP. *O que é o petróleo?*

Disponível em <http://www.dep.fem.unicamp.br/drupal/?q=node/27>. Acesso em 20.out.2016.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II.

SMITH, Paul. *Filosofia Moral e Política: Liberdade, Direitos, Igualdade e Justiça Social*. Tradução Soraia Freitas. São Paulo: Madras, 2009.

SOARES, Fernando Luso. *Introdução à Política I: Domínios da Organização Social: Estrutura (ou Base) e Superestrutura*. Disponível em <<https://www.marxists.org>>. Acesso em 30.set.2016.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STIGLITZ, Joseph E. Prefácio à obra *A grande transformação: As origens de nossa época*. POLANYI, Karl. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STIGLITZ, Joseph E. Textos desse autor citados *Inequality is a Choice; A tax system Stacked Against the 99 Percent*, 2015.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Sustentabilidade e limites do endividamento público: o caso brasileiro. Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_Tn/XIPPremio/divida/2afdpXIPTN/2premio>. Acesso em 20.08.2016.

TEIRO NETO, Aristides. *Desigualdades regionais no Brasil: Características e tendências recentes*. <repositório.ipea.gov.br.> Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 2014, p. 18. Disponível: www.portalfederativo.gov.br/biblioteca-federativa/estudos/td-1961-gov-estaduais-e-federacao-por-regiao-e-gastos-.pdf. Acesso: 12.01.2017.

TER-MINASSIAN, Teresa. *Reforma do Fundo de Participação dos Estados*. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, 2012. p. 11. Disponível em <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/36742423.pdf>. Acesso em 04.mar.2017.

TOLEDO, Cláudia. *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TORQUATO, Andressa Guimarães. *Royalty do petróleo não é compensação por ICMS*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jan-12/andressa-torquato-royalty-petroleo-nao-compensacao-icms-destino>. Acesso em 1º jan. 2017.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE* – Belo Horizonte, ano 3, n.5, p.25-54, mar./ago. 2014. Disponível em <https://adisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=201882> Acesso em 14.fev.2017.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: RT, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de direito administrativo*, v. 177, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRONTÉGUY, Alessandra Fölzke. *Aplicação dos royalties do petróleo na efetividade dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTR, 2010.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *As nações Unidas e a Nova Ordem Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos)*. Disponível <<https://www2.senado.leg.br>>. Acesso em 07.nov.2016.

TRINDADE, Ubiratan. *A ideia da estrutura básica como objeto primário da justiça em uma teoria da justiça de John Rawls*. Disponível em <https://online.unic.br/seer/index.php/babaroi/article/viewFile/5551/3863#page=1&zoo=auto,-274,848>. Acesso em 21.08.2016.

USHER, Dan. *The Reform of Equalization Payments*. In: *Canadian Public Pollicy – Analyse de Politiques* (análise no contexto da federação canadense), 2007, p. 362. Disponível em <<http://www.utpjournals.press/doi/10.3138/cpp.33.3.337>> Acesso em 20.mar.2017.

VALADÃO, Marco Aurélio Pereira. Direitos Humanos e Tributação. Texto publicado na *Revista Direito*, v. 2, n.1. set./2001, Brasília-DF, p.2221-241.1, p. 241.2.

VERSANO, Ricardo. *A guerra fiscal do ICMS: Quem ganha e quem perde*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 1997. Disponível em: <ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td-0500.pdf> Acesso em 10.jan.2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Nota de apresentação à obra Introdução à análise do direito*. NINO, Carlos Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VITA, Álvaro. *Apresentação à edição brasileira*. Uma teoria da justiça/John Rawls. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1997.

WEIGERT, Fernanda; BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda informam que essa Convenção entrou em vigor em 16 de novembro de 1994, depois de obter mais do que a metade das ratificações necessárias para tanto. In: A convenção das nações unidas para o direito do mar e a instituição do tribunal internacional para o direito do mar. Brasília-DF: *Revista de Direito Internacional*, v.9, n.1, p. 41-58, jan./jun.2012. Disponível em www.publicacoesacademicas.uniceub.br. Acesso em 06.nov.2016

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.

YERGIN, Daniel. *O petróleo: Uma história mundial de conquistas, dinheiro e poder*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

ZIIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México: Universidade nacional Autónoma de México/Porrúa, 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016m (Série IDP).

ZIULKOSKI, Paulo. Presidente da Confederação do Municípios (CNM), em entrevista ao jornalista César Munhoz. Disponível em <http://www.educacional.com.br/entrevistas/entrevistas/entrevista0148c.asp>. Acesso em: 20.fev.2017.