

O ESTADO DA CONTROVÉRSIA NO PLANO INTERNACIONAL

Há uma série de documentos publicados por organizações internacionais, dentre as quais o Fundo Monetário Internacional e as Nações Unidas, cujo objetivo é orientar a elaboração dos orçamentos nacionais, tornando mais eficiente a gestão dos recursos públicos, fomentar a transparência fiscal, o uso de boas práticas reconhecidas internacionalmente em matéria orçamentária, e a adoção de normas padronizadas de contabilidade pública e estatística que possibilitem uma análise comparativa mais adequada das finanças entre os países e a construção de políticas públicas melhor planejadas.

Tendo em vista que tais publicações são utilizadas como parâmetro por diversos países para a elaboração dos seus orçamentos, a sua análise mostra-se uma ferramenta bastante útil para compreender o tratamento que se dá no plano internacional à classificação das receitas públicas oriundas das atividades de exploração e produção de petróleo, notadamente os *royalties*.

Para tanto, será analisado em primeiro lugar o Government Finance Statistics Manual – GFS 2014, publicado pelo Fundo Monetário Internacional. Dentre outras finalidades, o Manual visa uniformizar a classificação da receita pública auferida pelos países para fins de facilitar a realização de análises estatísticas voltadas a comparar os dados constantes em seus orçamentos.

No mesmo intuito, há o System of National Accounts – 2008 (SNA) produzido pelas Nações Unidas, Commission of the European Communities – Eurostat, Fundo Monetário Internacional e Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), que em conjunto com o GFS, também será estudado neste capítulo.

Por fim, será analisada outra importante publicação do FMI com aplicação no campo do Direito Financeiro relacionado aos recursos naturais: o Guia para a Transparência da Receita dos Recursos Naturais de 2007, que oferece uma visão geral das práticas geralmente reconhecidas como melhores para a transparência na gestão da receita proveniente da exploração dos recursos naturais.

Os três documentos mencionados possuem funções complementares, contudo, enquanto este último busca dizer o que deve ser feito no sentido de se alcançar melhores padrões de transparência fiscal e eficiência na gestão da receita pública oriunda de recursos naturais, os Manuais de Estatística mencionados anteriormente visam estabelecer parâmetros de classificação das contas públicas entre os países, buscando uma uniformização das informações divulgadas.

8.1 CLASSIFICAÇÃO DA RENDA PETROLÍFERA SEGUNDO O GOVERNMENT FINANCE STATISTICS MANUAL (GFS – 2014)

O Government Finance Statistics Manual – *GFS* 2014 abordou o tema da classificação das rendas geradas a partir da extração do petróleo de maneira bastante detalhada no seu capítulo 5 (*Revenue*), seção C (*The Classification of Revenue*), bem como no Anexo IV, seção B, intitulada *Leases, licenses, permits, and other contracts*.

No seu Capítulo 5, as orientações acerca da classificação da renda gerada para o Estado a partir da extração do petróleo constam nos itens 1 e 4 da seção C, epígrafados, respectivamente: *Taxes* e *Other Revenue*. No primeiro, analisam-se os casos em que esse tipo de renda pode figurar como receita tributária, e, no seguinte, aqueles em que irá figurar como *rent* (espécie de renda patrimonial), abordando-se também a hipótese em que deve ser considerada obtida a partir da venda de um bem público, situação melhor tratada no Anexo IV do Manual.

No item 1, vislumbra-se a possibilidade das rendas obtidas pelo Estado a partir da extração do petróleo serem classificadas como receitas tributárias, do tipo “Other taxes on goods and services (1146)”; contudo, essa situação somente deverá ocorrer, de acordo com as lições do GFS, quando o depósito do recurso natural pertencer a um ente privado, ou a outro ente governamental, que não aquele onde está situado o recurso. Vejam-se os termos em que foram postos a questão:

Other taxes on goods and services (1146) includes taxes on the extraction of minerals, fossil fuels, and other exhaustible resources from deposits owned privately or by another government and any other taxes on goods or services not included in categories 1141 through 1145 (2014, p. 99).

Desse modo, como no Brasil os depósitos de petróleo e recursos minerais pertencem à União, a classificação tributária dessa receita não se aplica. A recomendação

é válida, outrossim, para os países que adotam um regime jurídico que permite a propriedade privada das jazidas de recursos petrolíferos e minerais, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América. Tal diretiva guarda consonância com a regra que impera em Estados Democráticos de Direito, segundo a qual, a participação do Estado nas rendas privadas para fins de custeio do gasto público apenas pode se dar via tributação.

No item 4, intitulado “outras receitas”, são analisados três tipos de receita pública: (i) as rendas patrimoniais, (ii) receitas provenientes da venda de bens e serviços, bem como (iii) outros tipos de receitas.

Dentre estes, as rendas provenientes da atividade petrolífera foram analisadas apenas no item que trata das rendas patrimoniais.

O conceito de renda patrimonial adotado pelo GFS vem expresso no parágrafo 5.107 nos seguintes termos: renda patrimonial é a receita recebida em contraprestação pela colocação de um ativo financeiro ou recursos naturais à disposição de outrem (2014, p. 105, tradução nossa). Veja-se que o conceito é bastante similar ao adotado nos Manuais de Contabilidade Aplicado ao Setor Público no Brasil citados anteriormente.

Além disso, a renda patrimonial é classificada no GFS como gênero, no qual são enquadradas as seguintes espécies: (i) juros, (ii) dividendos, (iii) saques da renda proveniente das chamadas *quasi-corporations*, (iv) retorno de depósitos provisionados, (v) *rent*, e (vi) lucro reinvestido proveniente de investimentos estrangeiros diretos.

Para fins do presente estudo, interessa aprofundar a análise do que se convencionou chamar *rent*, cujo conceito e desdobramentos foram tratados entre os parágrafos 5.122 e 5.133.

De maneira geral, o vocábulo *rent* é utilizado na língua inglesa para se referir à renda que alguém paga por ter a sua disposição, para uso ou usufruto, um bem tangível de propriedade de outrem, o que em língua portuguesa é chamado de aluguel.

No GFS, determinou-se no parágrafo 5.122, que:

Rent (1415) is the revenue receivable by the owners of a natural resource (the lessor or landlord) for putting the natural resource at the disposal of another institutional unit (a lessee or tenant) for use of the natural resource in production. Rent receivable is typically related to a resource lease on land, subsoil resources and on other natural resources. (2014, p. 107).

Ainda sobre o conceito de *rent*, merece destaque a seguinte passagem: “It constitutes an agreement whereby the legal owner of a **natural resource that is considered to have an infinite life** makes it available to a lessee in return for a

regular payment recorded as property income and described as rent” (2014, p. 107, grifos nossos). Ou seja, para que a renda proveniente da exploração de um recurso natural possa ser classificada como *rent*, é necessário que o recurso esteja dentre aqueles considerados como tendo uma vida infinita, como é o caso da terra, da água ou da luz solar. No caso do petróleo e minérios, que possuem uma vida finita, dado que sua recomposição pela natureza leva milhões de anos para ocorrer, pode-se concluir que: (i) ou estariam fora do conceito de *rent*, e portanto as receitas oriundas da sua extração deveriam ser classificadas como resultado da venda de um ativo; ou, (ii) que o seu enquadramento como *rent* se daria necessariamente pela construção de uma ficção jurídica, ou seja, se consideraria como renovável um recurso que efetivamente não é. Nas linhas que se seguem, verificar-se-á que o GFS oscila entre esses dois posicionamentos, ora determinando a classificação da receita petrolífera em um sentido, ora impondo o seu registro em outro.

Veja-se, por exemplo, o disposto no parágrafo 5.124, no qual se afirma que não se consideram *rent* os “pagamentos recebidos pelos donos de recursos naturais se esses pagamentos **permitem que o recurso seja utilizado até a sua extinção – esse tipo de atividade é classificada como venda, e possivelmente depreciação de um ativo não produtivo**” (2014, p. 107, tradução nossa, grifo nosso).

Nesta passagem, o GFS reconhece que a renda proveniente da extração de um recurso natural pode ser classificada como um *rent*, caso se esteja tratando de um recurso renovável, ou como a venda de um ativo, quando a sua retirada promova a sua própria extinção. Seguindo essa orientação, portanto, a renda obtida com a extração do petróleo seria classificada como oriunda da venda de um ativo, uma vez que a sua extração importa necessariamente a extinção do recurso, por não ser ele capaz de se renovar.

Contudo, no parágrafo 5.130 foram descritos especificamente dois tipos de *rent* oriundos de recursos naturais, o *rent* auferido pelo uso da terra e o *rent* devido pelo uso de recursos do subsolo. Ao abordar este **último**, apresenta um conceito para *royalties*, nos termos destacados a seguir:

Unidades governamentais celebram acordos de concessão com uma unidade institucional por meio da qual autoriza a extração de depósitos de petróleo ou minérios por um período determinado de tempo, **em contraprestação ao pagamento ou a uma série de pagamentos chamados de royalties, mas eles são em essência rent devidos ao proprietário do recurso natural por colocar esses ativos a disposição de outra unidade institucional por um período determinado de tempo** (2014, p. 108, tradução nossa, grifo nosso).

Isto quer dizer que ao abordar o conceito de *royalties*, o GFS entra em contradição com o que expôs até o momento. Ao afirmar que quando a extração de um

recurso promova a sua própria extinção, pelo fato de ser um recurso finito, a renda auferida deve ser classificada como proveniente da venda de um ativo, não como um *rent*, fere a lógica o mesmo documento determinar posteriormente que a renda auferida com a extração de petróleo e minérios seja classificada como *rent*, sendo estes os exemplos mais patentes de recursos naturais não renováveis. Esse tema é retomado no Anexo IV do documento, intitulado *Some Cross-Cutting Issues*. Nele, a contradição se amplia quando novamente reforça-se a ideia de que se deve classificar como proveniente de uma venda, a renda gerada a partir da extração de recursos finitos.

O parágrafo A4.20 do referido Anexo é categórico ao expor o seguinte: “The differences in treatment between the various options are not clear-cut. There is no single, universal, and clear-cut criterion to distinguish between rent and asset sales, so a range of criteria should be considered in making the decision (see Box A4.1)” (2014, p. 326). Isto quer dizer que o GFS reconhece a imensa dificuldade de se classificar a renda proveniente da extração de um recurso natural; se deve ser enquadrada como *rent* ou como a venda de um ativo. Por isso, propõe que para solucionar a questão, não basta a utilização de um único critério, mas a análise combinada de vários, para que se possa chegar a uma conclusão segura sobre qual caminho seguir.

Apesar de determinar que vários critérios devem ser utilizados em conjunto, explica que antes da utilização de qualquer um deles, deve-se responder a seguinte questão: “does the owner allow the use of the natural resource to extinction?” (2014, p. 324). Em outras palavras, indaga-se se a taxa de extração do recurso natural é superior a sua capacidade de renovação, ou seja, se o recurso é capaz de se renovar ou não. Pois, se a velocidade com a qual o recurso é extraído, em um determinado lapso temporal, for superior a capacidade dele se renovar, está-se afirmando que o proprietário do recurso permite que o mesmo seja utilizado por outrem até a sua extinção. Por outro lado, se no mesmo período em que está havendo a extração, é possível haver a recomposição do estoque do recurso natural anteriormente existente, não há que se falar em autorização do seu proprietário para a extinção do recurso.

Sendo assim, retomando o questionamento “does the owner allow the use of the natural resource to extinction?” (2014, p. 324), passa-se a analisar a consequência da sua resposta para fins de classificação da receita pública. De acordo com o GFS, se a resposta for sim, ou seja, se o recurso puder ser utilizado até a sua extinção, a renda auferida pelo seu proprietário deve ser classificada como a venda de um ativo. Isto quer dizer que caso a extração do recurso claramente promova a sua

extinção, não cabe sequer passar-se a análise de qualquer outro critério. Apenas este – o da capacidade de renovação ou não do recurso – é suficiente para concluir que se trata de uma alienação, e não de um uso ou usufruto.

No entanto, se a resposta for negativa, pois a extração do recurso natural não promove necessariamente a sua extinção, aí sim será necessária a utilização de outros parâmetros para que se possa concluir sobre como classificar a renda dele proveniente.

Nesse sentido, por exemplo, se há dúvida acerca da classificação da renda proveniente da extração da areia, e se conclui que a retirada de x toneladas desse recurso não é capaz de promover a sua extinção, tal afirmação por si só, de acordo com o GFS, não é capaz de levar à conclusão imediata sobre como classifica-la, se como *rent* ou venda de um ativo. Para que se confirme isso, uma série de outros critérios devem ser aplicados em conjunto, os quais constam todos agrupados no Box A4.1, intitulado “Criteria to Determine whether a License represents an Asset Sale or Rent”.⁶⁶

A recomendação do GFS para que se utilize esse conjunto de critérios quando o recurso for renovável, ou até mesmo caso haja dúvidas sobre sua capacidade de

⁶⁶ “Not all, or a majority of these considerations have to be satisfied to characterize the license as a sale of an asset. However, to qualify as *rent* (1415 or 2814) of a natural resource asset (rather than the sale of an asset), at least some of the following conditions should hold:

The contract is of short-term duration, or renegotiable at short-term intervals. Such contracts do not provide the lessee with a benefit when market prices for the leased asset go up in the way that a fixed, long-term contract would. Such benefits are holding gains that typically accrue to owners of assets.

The contract is nontransferable. Nontransferability is a strong but not a sufficient criterion for the treatment of license payments as rent, because, although it precludes the lessee from cashing in on holding gains, it does not preclude the lessee from reaping comparable economic benefits (e.g., using the license in their business).

The contract contains detailed stipulations on how the lessee should make use of the asset. Such stipulations are often seen in cases of rent of land, in which the owner wishes to retain control over the usage of the land. In the case of licenses, examples of such stipulations would be that the contract states what regions or types of customers should be served, or that it sets limits on the prices that the lessee may charge.

The contract includes conditions that give the lessor the unilateral right to terminate the lease without compensation, for instance for underuse of the underlying asset by the lessee.

The contract requires payments over the duration of the contract, rather than a large upfront payment. Although this condition is essentially financial in character and thus, cannot be decisive on the type of the lease, it may indicate a degree of control for the lessor to direct the use of the nonproduced asset. The case for a treatment as rent is further supported if the payments are related to the revenue the lessee derives from the license” (2014, p. 325).

renovação ou não, é bastante oportuna, dado que a maior parte dos recursos naturais ficam em uma zona de penumbra, na qual, de fato, não é tão simples afirmar com precisão quando se trata de um recurso renovável ou não, e, consequentemente, como a renda auferida a partir da sua extração deve ser classificada.

O GFS analisa como classificar a renda oriunda de uma grande quantidade de recursos naturais, tais como: madeira, água, peixes, florestas, terra, o espectro de radiofrequências, minérios e petróleo. Na sua grande maioria, é bastante árdua a tarefa de determinar com precisão se o recurso é renovável ou não, exceto no caso de dois recursos: petróleo e minérios, cuja incapacidade de ser renovar é patente.

O parágrafo **A4.35**, mais uma vez, e de maneira taxativa, determina que recursos minerais e energéticos, como o petróleo, diferentemente da terra, madeira e peixes, não são capazes de serem utilizados de maneira sustentável, pois qualquer extração necessariamente reduz o seu montante disponível para as gerações futuras. Leia-se a íntegra do dispositivo, o qual finda concluindo que por esse motivo, essas receitas devem ser classificadas como venda de um ativo:

Mineral and energy resources differ from land, timber, and fish in that, although they also constitute a natural resource, **they cannot be used sustainably. All extraction necessarily reduces the amount of the resource available for the future. This consideration necessitates a different set of recommendations for how transactions relating to their use should be recorded.**

When a unit, such as government, owning a mineral or energy resource cedes all rights over it to another unit, **this constitutes the sale of the resource** classified as *mineral and energy resources* (3142). Like land, mineral resources can only be owned by resident units; if necessary, a notional resident unit must be established to preserve this convention (2014, p. 328).

Entretanto, logo em seguida, ainda no parágrafo **A4.35**, contradiz o que havia sido explicitado até então e conclui que: “When a unit extracts a mineral or energy resource under an agreement where the payments made each year are dependent on the amount extracted, **the payments (sometimes described as royalties) are recorded as rent** (1415 or 2814)” (2014, p. 328).

Ou seja, de todo o exposto, pode-se concluir que como regra geral o GFS determina que a renda petrolífera seja classificada como proveniente da venda de um ativo. Contudo, quando os pagamentos forem feitos de maneira periódica, a depender do montante extraído, esses pagamentos que são comumente chamados de *royalties*, devem ser registrados como *rent*, aplicando-se, neste caso, uma ficção jurídica de que seriam recursos renováveis.

8.2 CLASSIFICAÇÃO DA RENDA PETROLÍFERA SEGUNDO O SYSTEM OF NATIONAL ACCOUNTS (SNA – 2008)

O System of National Accounts – 2008 (SNA) basicamente repete os conceitos e as contradições apontados com relação ao GFS. Novamente, afirma-se que quando o proprietário de um recurso natural permite que outrem o utilize até sua extinção, estar-se-ia diante da venda de um ativo, devendo a renda auferida ser classificada no mesmo sentido. Veja-se:

17.314 **There are basically three different sets of conditions that may apply to the use of a natural resource. The owner may permit the resource to be used to extinction.** The owner may allow the resource to be used for an extended period of time in such a way that in effect the user controls the use of the resource during this time with little if any intervention from the legal owner. The third option is that the owner can extend or withhold permission to continued use of the asset from one year to the next.

17.315 **The first option results in the sale (or possibly an expropriation) of the asset.** (2008, p. 385, grifos nossos).

Explica adiante, no parágrafo 17.340, que diferentemente da terra, madeira e peixes, quando se trata de recursos minerais, **“there is no way of using them sustainably. All extraction necessarily reduces the amount of the resource available for the future”** (2008, p. 388, grifos nossos). Com isso o SNA reconhece que a extração de minérios, da mesma maneira como acontece com relação ao petróleo, reduz permanentemente a sua disponibilidade na natureza; no caso desses recursos não há diferença sequer se a retirada é de um barril ou um milhão de barris de petróleo, de uma tonelada ou duas mil toneladas de minério, qualquer retirada representa uma alteração permanente no bem-mãe que é a jazida, não se podendo falar, portanto, em uso, mas apenas em alienação.

Ainda no parágrafo 17.340 consta que **“This consideration necessitates a slightly different set of recommendations for how transactions relating to their use should be recorded”** (2008, p. 388, grifos nossos). Ou seja, de acordo com o SNA, quando se está diante de recursos não renováveis, necessita-se criar um conjunto de recomendações específicas, diversas das que se aplicam aos demais recursos naturais, sobre como operações relativas à sua utilização devem ser registradas. Em seguida, no parágrafo 17.341 afirma que: **“When a unit owning a mineral resource cedes all rights over it to another unit, this constitutes the sale of the resource”** (2008, p. 388, grifos nossos).

Contudo, na mesma linha contraditória do GFS, logo no parágrafo 17.342, assevera que **“When a unit extracts a mineral resource under an agreement where**

the payments made each year are dependent on the amount extracted, the payments (sometimes described as *royalties*) are recorded as rent". (2008, p. 388).

Ademais, explica nos parágrafos 7.109 e 7.110,⁶⁷ também em consonância com o GFS, que a classificação dessa espécie de receita como *rent* impõe a adoção de uma ficção jurídica, no sentido de considerar o recurso como sendo infinito.

8.3 GUIA PARA A TRANSPARÊNCIA DA RECEITA DOS RECURSOS NATURAIS – FMI

No Guia para a Transparência da Receita dos Recursos Naturais não se aborda diretamente como devem ser classificados os ingressos públicos provenientes da atividade petrolífera, contudo, há determinação no sentido de que os países devem registrar no seu ativo patrimonial os recursos naturais de sua propriedade, o que, conforme será analisado adiante, finda por impactar diretamente no modo como a receita pública deverá ser classificada no orçamento. Veja-se o que determina o seu item 87:

87. Se o valor líquido dos ativos públicos for uma preocupação central da política fiscal, a estimativa do valor da riqueza em recursos naturais é um insumo fundamental. Até o momento, porém, os países não revelam o valor estimado dos recursos naturais em seus orçamentos ou balanços de forma clara e sistemática, o que reflete dificuldades de mensuração, incerteza sobre o volume físico e os preços e falta de normas atualizadas mesmo nos países avançados. A prática sugerida anteriormente, portanto, define um padrão bastante elevado, que será de difícil implementação até para os países industrializados. Assim, este Guia recomenda uma abordagem pragmática para a implementação de uma norma geral para os países de baixa e média renda com novas descobertas significativas de recursos – que se baseie, essencialmente, numa metodologia eficaz de previsão da receita e se concentre na parcela do governo no valor do ativo (Boxe 5). **O cálculo explícito do valor da riqueza em recursos será um elemento importante para transparência e assentará uma base sólida para a política de longo prazo.** O ideal é que esses cálculos sejam publicados na documentação do orçamento (2007, p. 55-56, grifos nossos).

⁶⁷ For resources such as subsoil assets, though the resources potentially have an infinite life, they are not all returned to the legal owner at the end of the lease since the purpose of the lease is to permit extraction and disposal of the resource. Although the resource may suffer depletion in excess of any new discoveries or re-evaluations (or natural replenishments for renewable resources) the fact that rent is shown without deduction for any consumption of natural resources means that, **in the SNA, the resource is effectively treated as having an infinite life as far as income generation is concerned.**

7.110 The regular payments made by the lessees of natural resources such as subsoil assets are often described as royalties, but they are treated as rent in the SNA. (SNA, 2008, p. 150, grifos nossos).

Note-se que a orientação dada pelo Guia chama atenção para a necessidade de registro da riqueza que um país possui em termos de recursos naturais, como sendo um elemento importante para a transparência fiscal. Isso se dá porque a ausência de contabilização desses recursos naturais no ativo permanente do Estado gera uma falsa sensação de riqueza nos países, que passam a receber expressivas quantias de receita sem considerar que também ocorreu um decréscimo no seu ativo patrimonial.

Quando se determina que a renda obtida com a extração do petróleo seja classificada como um *rent*, cria-se na verdade uma ficção jurídica de que esse recurso teria uma vida infinita, e, assim como um recurso natural renovável, seria capaz de gerar um *rent* reproduzível ao longo do tempo. É dessa maneira que o SNA e o GFS justificam a classificação da renda oriunda da extração do petróleo como um *rent*, por meio da criação de uma ficção. De maneira ilustrativa, funciona como sabendo que se trata de um cachorro, determina-se que seja ele chamado de gato.

O problema da adoção dessa postura está nas consequências negativas graves geradas em termos de transparência fiscal, porque como apontado ao longo da Tese, o *rent* é uma espécie de receita capaz de se reproduzir no tempo, motivo pelo qual um país pode fazer uso da mesma para o custeio de seus gastos correntes. Por outro lado, no caso de uma renda proveniente da venda de um bem, fica evidente a sua excepcionalidade e incapacidade de servir para sustentar as despesas correntes no longo prazo. Não é por outro motivo que a regra de ouro das finanças públicas ensina que a renda oriunda da alienação de bens e operações de crédito deve ser gasta com investimentos. Isso se dá porque não está havendo entrada de receita nova nos cofres públicos, mas apenas uma alteração de portfólio, no qual sai do patrimônio público uma quantidade de recursos naturais, e ingressa um valor financeiro correspondente.

O gasto desses recursos no longo prazo em despesas correntes empobrece o país; esse é o alerta da regra de ouro, e a conclusão que fica oculta no Orçamento dos países que classificam suas rendas provenientes da extração de petróleo como *rent*. Nessa mesma linha posicionou-se Stiglitz, citado no Capítulo 7 deste estudo.

8.4 NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE O ESTADO DA CONTROVÉRSIA NO PLANO INTERNACIONAL

Restou demonstrado neste capítulo, a partir das análises do SNA, GFS e do Guia para a Transparência da Receita dos Recursos Naturais publicado pelo FMI, que a controvérsia acerca da natureza jurídica da renda petrolífera, notadamente dos *royalties*, é um problema concreto, existente em todo o mundo, e que precisa ser

enfrentado para que se alcance um nível de classificação da receita pública mais condizente com o princípio da transparência e sustentabilidade fiscal. A presente Tese buscou oferecer contribuições neste sentido.

Pode-se apontar como causa para que ainda hoje os *royalties* continuem sendo classificados como *rent*, a despeito de todos os efeitos negativos para as finanças públicas que isso representa, a escassez de estudos aprofundados com o objetivo de analisar as drásticas mudanças por que passou o instituto da concessão petrolífera e o regime de propriedade dos recursos naturais ao longo da história.

A moderna indústria do petróleo teve início em meados do século XIX, intensificando-se após a perfuração do primeiro poço de petróleo dos Estados Unidos, em Titusville, no Estado da Pensilvânia, em 27 de agosto de 1859, pelo Coronel Drake.

Os contratos para exploração e produção de petróleo firmados a partir desse momento seguiram o modelo de *lease* utilizado até então pela indústria da mineração, que, dentre outras cláusulas, previa o pagamento de um *royalty* ao proprietário da terra, que poderia ser em moeda ou *in natura*. Esse *royalty* seria devido em contraprestação a um direito de usar a terra de outrem, retirando-lhe os frutos,⁶⁸ no caso, o petróleo ou os minérios.

Na época, tanto nos Estados Unidos da América, como no Brasil, e em diversos países do mundo, o proprietário do solo também era proprietário de tudo aquilo que estivesse contido no subsolo. Os minérios e o petróleo, portanto, eram parte integrante do solo enquanto nele aderidos, não se fazendo qualquer distinção entre eles do ponto de vista jurídico.

Considerando-se o petróleo como parte integrante do solo enquanto aderido a ele, e fruto do mesmo após ser extraído, e não parte de um bem coletivo que é a jazida, como ocorre atualmente, a controvérsia se o petróleo seria um bem renovável

⁶⁸ Veja-se o conceito de frutos segundo Pontes de Miranda: “A expressão ‘frutos’ é empregada no sentido de proveitos econômicos que derivam da coisa conforme o destino que ela tem, ou pode ter parte dela, e sem lhe alterar a essência (cp. art. 43, I-11, quanto a partes integrantes), ou diretamente (frutos naturais), ou por meio de outrem, isto é, como efeito de relação jurídica que tem por fim a obtenção desses proveitos (frutos civis ou jurídicos). (...) **O conceito de frutos não apanha os proveitos que se obtêm com prejuízo para a coisa, nem o que é contra o destino econômico da coisa.** Os grãos, os frutos, o leite, as crias dos animais, a crina, a lã, o que fica da poda geral das árvores, o esterco, a areia que se explora, o barro, as pedras e outros produtos ou benefícios econômicos semelhantes, são frutos. (...) **O que é preciso é que a coisa mesma permaneça:** o barro, por mais que dele se tire, não exclui o terreno; nem o giz; nem a pedra” (1954, t. II, p. 90, grifos nossos).

ou não, infinito ou não, ganha outros contornos e se torna extremamente mais complexa. Veja-se o porquê.

Toda a discussão acerca da capacidade de um recurso natural ser renovável, passa pelo entendimento de qual seria o bem-mãe, ou seja, o bem do qual ele provém, e, se com a extração do recurso natural, o bem-mãe seria permanentemente afetado ou não.

Explique-se com base nos seguintes exemplos: a água é um recurso renovável? Depende de qual bem-mãe está sendo tomado como referência. Se for tomado como referência um tanque de 2.500 m³, trata-se de um recurso não renovável, pois cada copo de água retirado afeta permanentemente o bem-mãe, que é o tanque, o qual não será capaz de se reproduzir. Por outro lado, se o bem-mãe considerado for um rio, a retirada de 50 copos de água por dia não afetará o bem-mãe de maneira permanente, de modo que passados 15 anos, o rio continuará existindo em sua inteireza. Quando se considera como bem-mãe uma porção de terra demarcada, com a dimensão de 1.000 m³, por exemplo, a retirada de cada pá de areia afeta a área permanentemente. Contudo, se for considerada como bem-mãe a terra como um todo, pode-se concluir, com alguma discussão, que o bem-mãe, no caso a terra, permanece.

Nesses casos em que o bem-mãe de um determinado recurso natural permanece, poderá o seu proprietário firmar com outrem um contrato para a sua extração, cujo objeto seria o seu uso ou usufruto. Conseqüentemente, a renda recebida a partir da extração desse recurso considerado *infinito* seria chamada de renda patrimonial, tendo em vista a sua capacidade de se reproduzir indefinidamente ao longo do tempo, assim como ocorre com a renda gerada a partir do aluguel de um prédio, ou do arrendamento de um terreno para o plantio.

Entretanto, quando a extração do recurso promove a extinção do bem-mãe considerado, não é possível se falar em contrato para uso ou usufruto do recurso. Tem-se, na verdade, uma alienação, pois o recurso ali presente não estará mais disponível para gerar renda no futuro.

Visto isso, tem-se que o processo de individualização da jazida como bem independente e individualizado com relação ao solo, assim como a sua posterior publicização, alteraram profundamente a natureza dos contratos de exploração e produção petrolífera, muito embora essas transformações tenham recebido atenção quase nula por parte da doutrina especializada na área.

Deixaram de ser contratos cujo objeto seria o uso ou usufruto de um recurso natural considerado infinito (bem-mãe: terra; fruto: petróleo), para se tornar um contrato no qual se verifica a alienação de um bem público finito, o petróleo contido na jazida.

Para uma melhor compreensão desse processo, será analisado o caso brasileiro, que serve de parâmetro para os demais países que também passaram por uma gradual transformação no regime de propriedade dos seus recursos petrolíferos.

Neste sentido, três fases podem ser observadas no caso pátrio a partir do século XX:

- 1) Até a publicação da Lei n. 4.265 de 15 de janeiro de 1921:
 - propriedade privada do petróleo e dos recursos minerais existentes no solo/subsolo;
 - petróleo e minérios eram considerados parte integrante do solo/subsolo, enquanto aderidos a ele; após extraídos, eram considerados frutos do solo/subsolo.
 - ampla liberdade contratual do proprietário, tanto na escolha do contratado para levar a cabo a exploração e produção dos recursos petrolíferos e minerais, bem como para dispor sobre as cláusulas do contrato;
 - o contrato era firmado diretamente entre o proprietário do solo e o contratado, sem qualquer intervenção estatal;
 - os pagamentos pelos recursos extraídos eram pagos ao proprietário da terra pelo contratado, em moeda ou *in natura*;
- 2) Durante a vigência da Lei n. 4.265/21, até a publicação do Decreto-lei n. 366/38, que alterou o Código de Minas vigente à época (Decreto n. 24.642/34):
 - distinção entre solo/subsolo e jazida;
 - individualização da jazida como objeto de propriedade de *per si*;
 - propriedade privada do solo/subsolo, bem como das jazidas nele existentes;
 - o Estado avoca para si o poder/dever de fiscalizar a propriedade privada sobre as jazidas, por meio dos institutos da concessão e da autorização;
 - a concessão e a autorização possuem natureza de instrumento de fiscalização;
 - petróleo e minérios passam a compor um bem coletivo chamado de jazida;
 - redução da liberdade contratual privada;
 - o pagamento ao proprietário da jazida passou a ser regulamentado por Lei.⁶⁹

⁶⁹ Artigo 42, IX, alíneas *a* e *b*, do texto original do Decreto n. 24.642 de 10 de julho de 1934: **Art. 42.** Expressar-se-ão no título as condições com que se faz a concessão; estas condições podem ser geraes ou accidentaes. As condições geraes são as seguintes: (...) IX, pagar, na fórmula

3) A partir da entrada em vigor do Decreto-lei n. 366/38:

- propriedade pública das jazidas de petróleo e minérios, distinta da propriedade privada do solo/subsolo subjacente;
- a concessão para exploração e produção de petróleo transforma-se em contrato administrativo firmado entre o Estado proprietário dos recursos, e o contratado para o desenvolvimento dessas atividades;
- petróleo e minérios a compõem um bem coletivo chamado de jazida;
- disposições gerais do contrato previstas em Lei;
- os *royalties* são pagos ao ente público proprietário das jazidas, em moeda, no caso dos contratos de concessão.

Veja-se que houve uma profunda alteração no conteúdo dos contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo, que passaram de um contrato entre duas partes privadas, sobre os frutos do solo, para um contrato privado, fiscalizado pelo Estado, sobre o petróleo extraído de uma jazida, para finalmente se tornar um contrato firmado entre o ente público concedente e um ente concessionário privado. Contudo, mesmo diante de todas essas alterações, ainda são tratados como possuindo a mesma natureza jurídica de meados do século XIX, quando foram firmados os primeiros contratos de concessão, sob um regime jurídico completamente diverso do atual, dando origem à profunda incongruência que se discute no presente estudo: a classificação da renda obtida a partir da extração de um recurso finito como uma renda permanente, fato que fere não apenas a lógica, mas os princípios da transparência e sustentabilidade fiscal.

A natureza assumida pelos contratos petrolíferos na atualidade foi longamente analisada no Capítulo 3, sobretudo nos itens 3.2 e 3.3, ocasião em que se concluiu que os contratos de concessão seriam um contrato complexo no qual haveria dois negócios jurídicos: 1) um negócio jurídico de empreitada, por meio do qual o proprietário dos recursos contrata alguém para a extração do recurso natural presente no subsolo, remunerando o contratado com parte do petróleo extraído, e 2) um negócio jurídico de compra e venda inserto no mesmo instrumento contratual, por meio do qual o Estado, em vez de receber a parte que lhe caberia em óleo, decide por vendê-la diretamente para a mesma empresa que explorou e extraiu o recurso. Esse pagamento feito pela empresa ao proprietário do recurso, em contraprestação ao petróleo que lhe foi vendido diretamente, é o que se chama de *royalty*.

da lei: a) pelos productos da mina, os direitos do pesquisador, da producção effectiva da mina ou do valor dessa producção, a escolha do proprietario; b) igual quota an Governo da União, nas mesmas condições, enquanto durar a lavra, ou o duplo dessa quota, se o concessionario fôr o proprietario da jazida ou mina;