

Mar territorial, plataforma continental, competência tributária e *royalties* do petróleo: uma análise da contribuição do professor Raul Machado Horta

Misabel de Abreu Machado Derzi¹

Sacha Calmon Navarro Coelho²

Thomas da Rosa de Bustamante³

1. Introdução

Na cultura jurídica brasileira, as lições do Professor Raul Machado Horta constituem muito provavelmente a mais importante doutrina sobre a natureza e o regime jurídico do federalismo brasileiro. Suas ideias sobre o sentido e o alcance da autonomia dos entes federativos, apesar

de inicialmente apresentadas há quase cinquenta anos, em sua tese de cátedra submetida à Universidade Federal de Minas Gerais, constituem até hoje uma das análises mais sofisticadas e atuais já realizadas sobre o tema.⁴ Sem embargo, o pensamento de Machado Horta acerca da natureza e do regime jurídico

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário das Faculdades Milton Campos.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular de Direito

Financeiro e Tributário da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

3 Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais. *Honorary Lecturer* na Universidade de Aberdeen, Reino Unido.

4 HORTA, 1964. Cf. também, já sob a óptica da Constituição Federal de 1988, que incorporou o Município ao leque dos entes da federação, HORTA, 1995.

do mar territorial, da plataforma continental, da zona econômica exclusiva e de outras porções territoriais submetidas ao domínio jurídico-político da União não está publicado e permanece relativamente inacessível ao grande público. Com efeito, o professor referido, em parecer anexado a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda pendente de julgamento,⁵ teve a oportunidade de aprofundar seus estudos sobre a competência tributária no âmbito do mar territorial e sobre o regime jurídico dos *royalties* recebidos pelos Estados e Municípios em função da exploração de petróleo na plataforma continental da União.

O tema em questão, apesar de ter recebido pouca atenção da doutrina e não ter sido definitivamente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tem sérias implicações sociais, econômicas, jurídicas e políticas, de sorte que as ideias de Machado Horta sobre a natureza do mar territorial e das demais faixas territoriais sob o domínio da União são absolutamente atuais e extremamente relevantes no contexto contemporâneo. Por essa razão, faremos aqui não apenas uma exposição do pensamento do professor acerca desse importante

problema, mas também uma defesa de sua posição, que se fará acompanhar de uma análise das suas repercussões sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo e sobre a competência para instituir impostos sobre serviços realizados no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

2. A autonomia político-jurídica dos entes federais e a natureza jurídica do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva

A questão fundamental que pretendemos abordar refere-se à delimitação da natureza do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva. Em termos bastante gerais, o problema refere-se à incidência da autonomia político-jurídica dos Estados e Municípios confrontantes sobre o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva. Pertencem essas parcelas do território nacional ao território de Estados-membros e Municípios? É dizer: os atos e fatos jurídicos realizados nessas faixas territoriais sofrem a incidência de normas jurídicas estaduais e municipais?

5 HORTA, s.d.

A importância dessas indagações vai muito além do interesse teórico que elas despertam, pois delas depende a delimitação tanto do âmbito de incidência das competências que a Constituição da República Federativa do Brasil atribui aos Estados e Municípios – inclusive, por exemplo, a competência tributária – quanto a distribuição dos *royalties* sobre petróleo, gás natural e outros recursos minerais explorados nessas porções do território nacional.

De um lado, a competência tributária só pode incidir, obviamente, sobre o território dos entes políticos que a titularizam, isto é, sobre as faixas territoriais em relação às quais estes entes exerçam a sua autonomia político-jurídica.

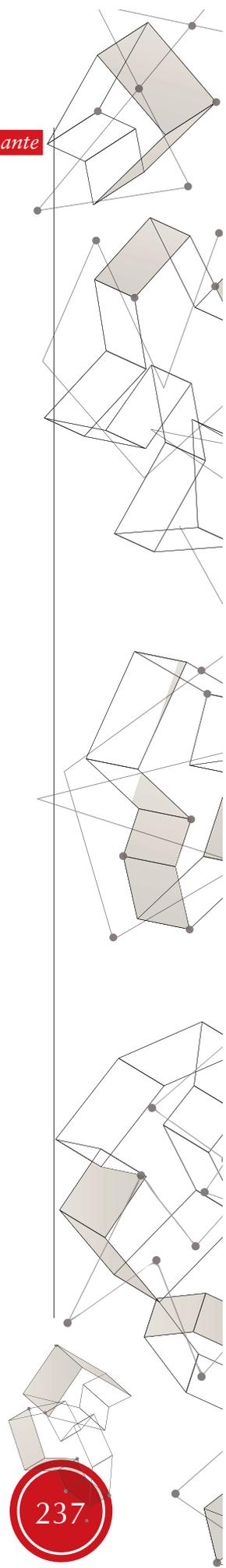
De outro lado, como veremos mais adiante, só se poderá afirmar que os *royalties* sobre o petróleo e o gás natural extraídos do mar territorial, da plataforma continental ou da zona econômica exclusiva serão distribuídos entre todos os Estados-membros e Municípios da Federação se for verdadeira a premissa 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 elas.

Com efeito, o principal atributo dos entes políticos que integram um Estado Federal é a *autonomia* político-jurídica, que significa “a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos”.⁶ A autonomia constitui, portanto, a característica central dos entes da federação, sem a qual tais entidades políticas seriam meros exemplos de descentralização administrativa.

Na esteira das lições do Professor Raul Machado Horta e de mestres como Hans Kelsen, é apenas ela que permite identificar os Estados Federais, diferenciando-os dos Estados Unitários parcialmente descentralizados. Em qualquer Estado Federal, deve haver, inicialmente, não apenas descentralização “estática”, mas também a denominada descentralização em sentido dinâmico. Enquanto a descentralização em sentido estático “independe do fato de serem as normas locais criadas ou não por órgãos locais correspondentes”, a descentralização em sentido dinâmico “diz respeito não apenas à esfera territorial de validade

6 HORTA, 1964, p. 17.



das normas, mas também aos métodos de criação e execução de tais normas”.⁷ Na descentralização dinâmica, há uma pluralidade de órgãos criadores de normas jurídicas e essas normas são criadas de forma autônoma.⁸

O elemento central do Estado Federal é a autonomia político-jurídica que a Constituição atribui aos entes políticos que o compõem; no caso brasileiro, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios:

O Estado federal caracteriza-se pelo fato de que o Estado componente possui certa medida de *autonomia constitucional*, ou seja, de que o órgão legislativo de cada Estado componente tem competência em matérias referentes à constituição dessa comunidade, de modo que modificações nas constituições dos Estados componentes podem ser efetuadas por estatutos dos próprios Estados componentes⁹.

Cumprindo indagar, portanto, se, no direito brasileiro, há Estados e Municípios dotados de autonomia polí-

tica sobre o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pois só se poderá admitir que esses sítios integram o território de Estados e Municípios no caso de uma resposta positiva. E qualquer resposta, obviamente, há de estar no texto da Constituição, que contém a seguinte disposição normativa acerca do tema:

Art. 20. São bens da União: [...]

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

VI - o mar territorial; (...)

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

O § 1º do artigo acima parece, se interpretado de modo assistemático, permitir mais de uma interpretação.

De um lado, há quem entenda que quando a Constituição estatui ser assegurada aos Estados e Municípios participação no resultado da exploração

7 Kelsen, 1998, pp. 440-442.

8 Kelsen ressalta, nesse ponto, a proximidade entre as ideias de federalismo e democracia, interpretando a “autonomia local” como “uma combinação direta e deliberada das ideias de descentralização e democracia”, já que os órgãos que criam normas locais são “eleitos por aqueles para quem essas normas são válidas” (Kelsen, 1998, p. 448).

9 Kelsen, 1998, p. 453.

do petróleo e outros recursos naturais “no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva”, a expressão “respectivo” refere-se não apenas a “território”, mas também à plataforma continental, ao mar territorial e à zona econômica exclusiva. Segundo essa interpretação, que, apesar de nos parecer incorreta, chegou a ser provisoriamente acatada em um julgamento do Supremo Tribunal Federal em sede de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade,¹⁰ pode-se falar em uma porção “estadual” ou “municipal” do mar territorial e da plataforma continental, o que implica a asserção implícita de que cada Estado ou Município teria direito a receber *royalties* apenas sobre os recursos naturais extraídos da porção do mar territorial, plataforma continental ou zona econômica exclusiva que estiver situada em seu território.

De outro lado, pode-se, como o fazia o Professor Raul Machado Horta, interpretar a expressão “respectivo” como se referindo apenas ao “território” dos Estados e Municípios, de modo que

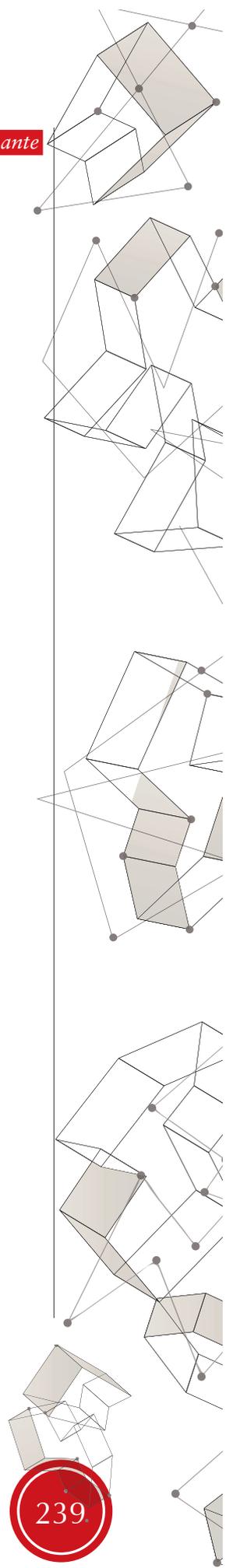
a Constituição assegure aos Estados e Municípios indistintamente *royalties* sobre a exploração de petróleo e outros recursos naturais extraídos *fora* de seus territórios. Segundo essa interpretação, as participações no resultado da exploração de petróleo podem ocorrer em *dois sítios territoriais bem distintos*: (a) *sítios territoriais próprios* e (b) *sítios extraterritoriais*. Outrossim, é nítido que o dispositivo normativo atribui aos entes da federação uma participação no resultado ou compensação financeira pela exploração de recursos hídricos, minerais, petróleo e gás que ocorra *fora* de seus respectivos territórios.

Vejam, a seguir, o regime jurídico dos *royalties* sobre a exploração do petróleo no direito brasileiro, com o fito de demonstrar que a última interpretação é a mais correta.

3. A distribuição dos *royalties* do petróleo no direito brasileiro

Como vimos na parte final da seção anterior, um exame apressado da literalidade do art. 20, §1º da Constituição Federal pode levar a duas interpretações diferentes. Sem embargo, não há margens para dúvida de que

10 BRASIL, STF, ADIN-MC 2080-3/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 06.02.2002, DJU de 22.03.2002, Ementário n. 2062-1.



a única interpretação minimamente razoável é no sentido de que o referido dispositivo prescreve que aos órgãos da Administração Direta da União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios fica assegurada participação no resultado ou compensação financeira pela exploração de recursos hídricos, minerais, petróleo e gás, que ocorram: (a) nos respectivos territórios; (b) e, também, fora de seus respectivos territórios, quer dizer, na plataforma continental ou zona econômica exclusiva da União Federal.

É essa dicotomia que explica a razão pela qual os Estados e Municípios que possuem terras alagadas para a construção de usinas hidroelétricas fazem jus a uma compensação financeira, excluídos os que não tiveram seus territórios alagados.

É essa dicotomia que direciona a CPFEM – estamos a falar agora de recursos minerais – aos Estados e Municípios em cujos territórios ocorre a extração dos minérios, excluídos os Municípios que não sofrem os efeitos da mineração.

É essa dicotomia que justifica a participação de todos os Estados e Municípios do país nos royalties do petróleo e do gás extraídos do fundo do

mar. Na hipótese por último versada, a divisão é feita entre todos os Estados e Municípios litorâneos e mediterrâneos, pois o petróleo e o gás tirados do fundo do oceano na zona de exploração econômica exclusiva da União não são extraídos do território de nenhum deles, embora os Estados litorâneos, por sofrerem maiores impactos, recebam mais que os demais. As políticas de royalties se inserem, portanto, no *federalismo de cooperação* referido pelo Professor Raul Machado Horta.¹¹

Os royalties são compensações financeiras devidas à União pelas empresas concessionárias que exploram petróleo e gás natural e produzem combustíveis (art. 20, §1º, CF/1988), que devem ser distribuídas entre os governos municipais, estaduais e o Comando da Marinha do Brasil, dentre outras entidades e fundos.

Em virtude da necessidade de um critério para delimitar de forma objetiva os parâmetros de divisão trazidos pela Lei nº 2.004 de 1953, que instituiu os royalties do petróleo no Brasil, a Lei nº 7.525 de 1986 introduziu o conceito de projeção dos limites territoriais através de linhas geodésicas ortogonais à costa e

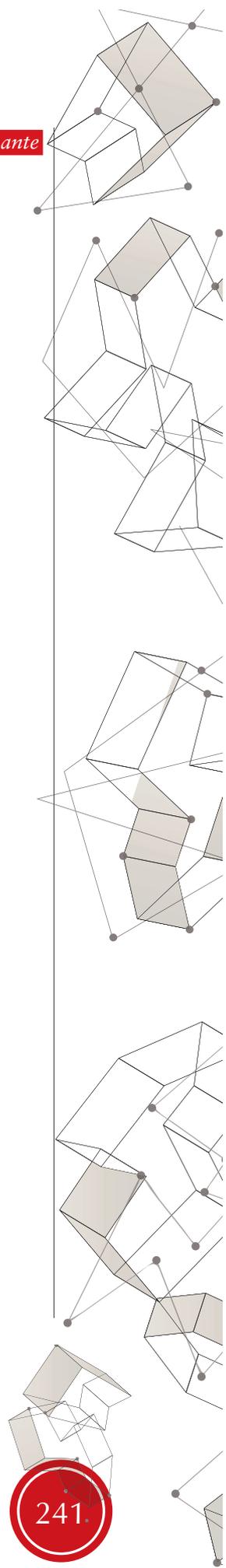
11 HORTA, 1995.

paralelos, para determinação de Estados, Territórios e Municípios confrontantes a poços produtores, conferindo ao IBGE a competência para fazê-lo.¹²

Desse modo, ao IBGE foi conferida a competência para a solução do problema de determinação técnica dos Estados, Territórios e Municípios a serem indenizados conforme os critérios legais.

12 Nesse sentido, estatui o artigo 9º da Lei em epígrafe: “Art. 9º. Caberá à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE: I - tratar as linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados, Territórios e Municípios confrontantes, segundo a linha geodésica ortogonal à costa ou segundo o paralelo até o ponto de sua interseção com os limites da plataforma continental; II - definir a abrangência das áreas geoeconômicas, bem como os Municípios incluídos nas zonas de produção principal e secundária e os referidos no § 3º do art. 4º desta lei, e incluir o Município que concentra as instalações industriais para o processamento, tratamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural; III - publicar a relação dos Estados, Territórios e Municípios a serem indenizados, 30 (trinta) dias após a publicação desta lei; IV - promover, semestralmente, a revisão dos Municípios produtores de óleo, com base em informações fornecidas pela PETROBRÁS sobre a exploração de novos poços e instalações, bem como reativação ou desativação de áreas de produção. Parágrafo único. Serão os seguintes os critérios para a definição dos limites referidos neste artigo: I - linha geodésica ortogonal à costa para indicação dos Estados onde se localizam os Municípios confrontantes; II - sequência da projeção além da linha geodésica ortogonal à costa, segundo o paralelo para a definição dos Municípios confrontantes no território de cada Estado”.

Tomemos como exemplo os critérios utilizados pelo IBGE para distribuição dos *royalties* do petróleo entre os Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Atendendo às determinações legislativas, sobretudo aos critérios estabelecidos pelo Decreto nº 93.189 de 1986, o IBGE determinou as linhas geoeconômicas para a divisão dos Royalties no Estado do Rio de Janeiro, da forma verificada na Figura I, na próxima página.



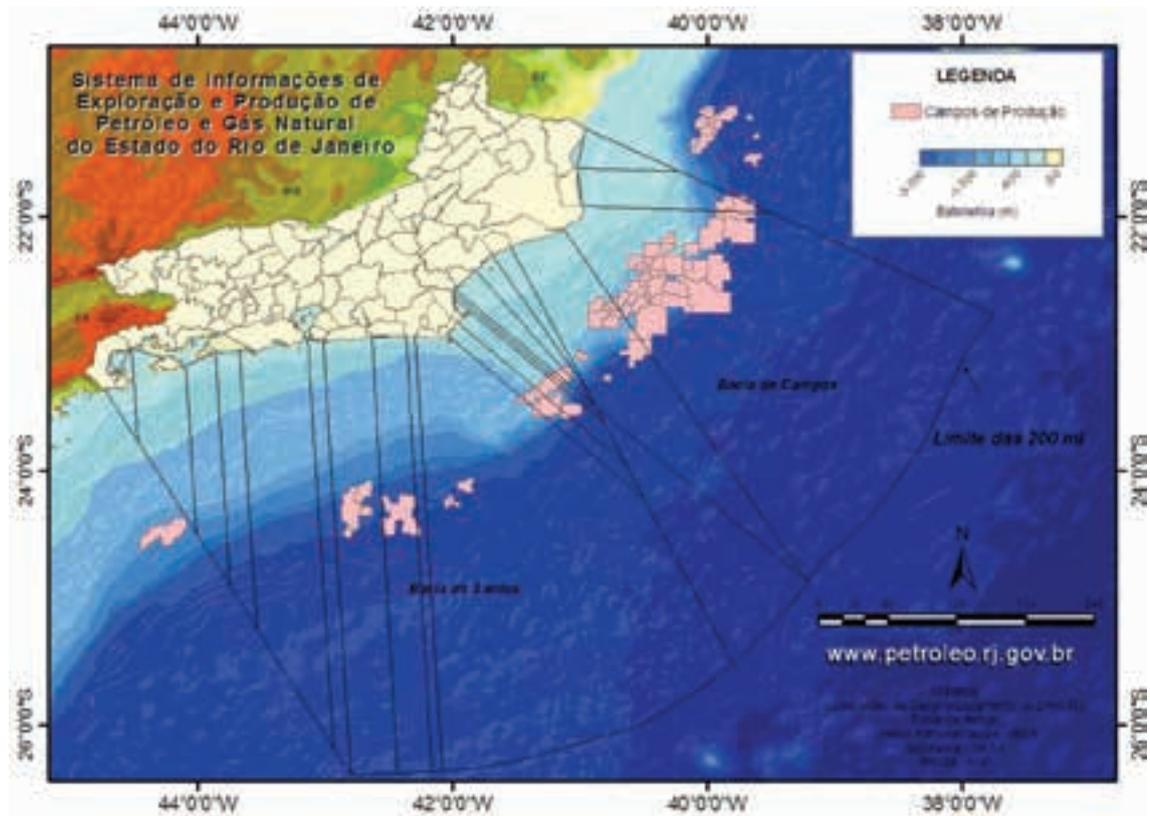


Figura 1¹³

No entanto, esse método de divisão traz diversos problemas que implicam, necessariamente, a impossibilidade de aproveitá-lo como método de projeção imaginária do território municipal sobre

o mar territorial, que é de domínio exclusivo da União. Serve apenas para o efeito de definição dos Estados-membros e Municípios confrontantes que, por sofrerem um impacto maior da atividade de exploração do petróleo e outros recursos naturais, fazem jus, a título indenizatório, a uma participação mais elevada.

Tanto é assim que a própria legislação em vigor sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo vincula a destinação de uma parcela significativa dos recursos recebidos a título de participação no resultado da exploração do

13 A presente representação encontra-se no trabalho produzido pelos representantes do Centro de Informações sobre Petróleo e Gás Natural do Estado do Rio de Janeiro: *Modificações no Critério da Divisão Geográfica Utilizada na Distribuição de Royalties no Litoral Brasileiro: Método das Linhas Proporcionais, o Estudo de Caso do Rio de Janeiro* disponível no endereço eletrônico do CIPEG: <http://www.petroleo.rj.gov.br/site>. Cabe ressaltar que tal divisão efetuada pelo IBGE utiliza em parte o método de linhas paralelas, sem, contudo, qualquer fundamento legal, na tentativa de minimizar alguns dos problemas decorrentes do traço das linhas geodésicas.

petróleo, “quando a lavra ocorrer na plataforma continental”, a um “Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios”.¹⁴ Importa frisar, nesse sentido, que mesmo os Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional acerca do tema nada mais fazem do que alterar o montante da participação dos Estados membros “não confrontantes” com a plataforma continental, de modo que nem sequer está em debate a premissa de que o artigo 20, § 1º da Constituição Federal deve ser interpretado como assegurando a todos os Estados uma parcela dos *royalties* do petróleo extraído dessas faixas territoriais, as quais, por óbvio *não*, constituem parte do território de qualquer Estado ou Município da Federação.

4. Da competência tributária sobre o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva

Parece evidente, portanto, que a nenhum Estado ou Município da Federação brasileira compete instituir tributos de competência estadual ou municipal sobre fatos jurídicos ocorridos na plataforma continental, já que inexistem

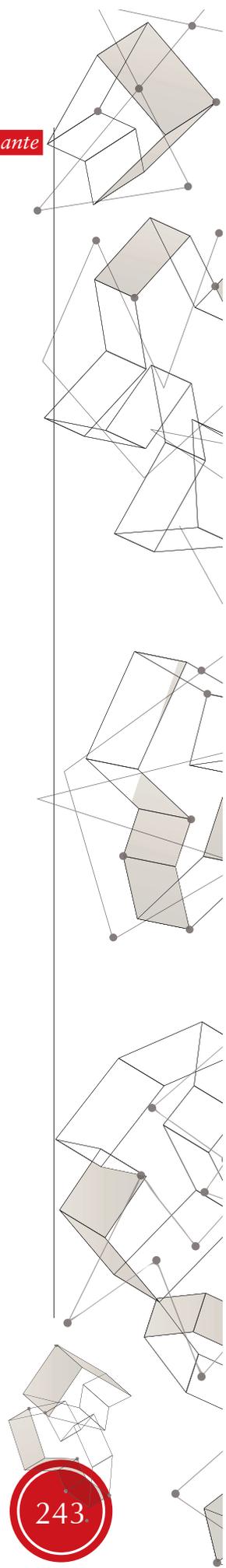
um dos elementos necessários para o exercício da competência tributária, que é exatamente a territorialidade.

Com efeito, ao estatuir que o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva são “bens da União”, o legislador constituinte situou tais sítios *fora* do território de qualquer dos Estados ou Municípios da Federação, fazendo incidir sobre eles apenas normas oriundas da União Federal.

Nem se diga, por outro lado, que há lacuna a respeito da competência tributária relativa a fatos ocorridos nesses sítios.

É que a Constituição da República implantou um sistema de competência tributária rígido, indelegável e inalterável por meio de lei infraconstitucional, ainda que complementar. A distribuição do poder de tributar caracteriza-se, portanto, pela *rigidez* da competência para criar impostos, que são atribuídos pela Constituição, e somente por ela, aos Estados e Municípios de forma privativa, e pela *ausência de lacunas* a serem integradas, que é garantida pela competência cumulativa, estabelecida no art. 147 da Constituição da República: “Competem à União, em

14 Lei nº 9.478/1997, art. 49, II, e.



Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais, ao Distrito Federal cabem os impostos municipais”.

O dispositivo constitucional, acima citado, encerra duas argumentações que são episodicamente sustentadas:

- (a) a de que todo território diz respeito e pertence, simultaneamente, a Estados e Municípios, o que é inteiramente falso. O art. 20, IV da Constituição descreve uma série de bens que pertencem exclusivamente à União, mesmo territoriais, como as “ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal e as referidas no art. 26, II”; e ainda: “XI- as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”...etc. Tudo isso, o art. 147 não apenas prevê como pressupõe: a existência de território federal sem Municípios ou Estado;

- (b) a de que a competência tributária estadual e municipal poderiam ser artificialmente estendidas para alcançar áreas de domínio exclusivo da União, ao arrepio da Constituição. Argumentam que, se assim não fosse, criar-se-ia um vácuo legislativo injusto em que as atividades situadas em tais áreas permaneceriam desoneradas de impostos estaduais e municipais. Nada mais equivocado. Tal lacuna inexistente na Constituição, pois onde não houver Município ou Estado – caso do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva – certamente impor-se-á a competência cumulativa da União.

Assim, por exemplo, em face do art. 147 da Constituição, serviços executados em território federal somente poderão ser tributados pela União, não sendo aceitável a falsificação de limites territoriais. O art. 147 não convive, pois, com a lacuna. Consagrando a competência cumulativa (dúplice ou tríplice), o dispositivo constitucional mantém a rigidez do sistema tributário, inalterável por meio de Lei Complementar, e constrói a base da competência privativa de cada

pessoa estatal a partir da base territorial respectiva, sem admitir integrações artificiosas do legislador ou do intérprete.

A competência é o núcleo central por via da qual se constrói a federação brasileira. A repartição de competências é essencial à estrutura federal de Estado, de modo que cada ordem jurídica parcial – que somente vale dentro de seu âmbito territorial – possa nascer de Poder Legislativo próprio daquele ente estatal descentralizado.

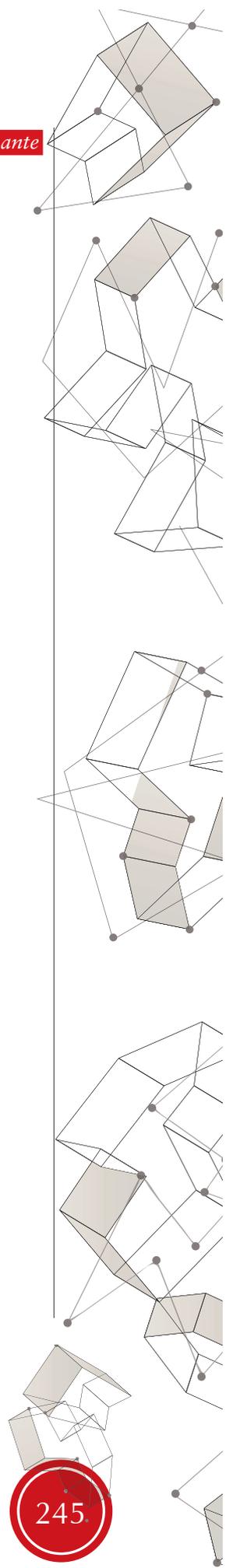
Portanto, é da essência do Estado Federal a distribuição de competências entre os entes estatais que o compõem, a qual toma como guia o território de cada um deles. Para isso, no campo dos tributos, valeu-se a Constituição, sobretudo, da competência privativa e da cumulativa, naquelas hipóteses em que o território federal não for dividido em Municípios. Ademais, com o fito de *dirimir conflitos de competência*, a Constituição previu a edição de Lei Complementar de normas gerais.

Lei quadro, lei moldura, lei de princípios, a lei de normas gerais de Direito Tributário emana da União por meio de Lei Complementar e pertence àquela ordem jurídica no Estado Federal. Sendo hierarquicamente inferior

à Constituição, sobrepõe-se, entretanto, às ordens jurídicas parciais.

A Lei Complementar não cria competências tributárias, não restringe nem dilata o campo de competência tributária por ela delimitado. Completa e esclarece as disposições relativas à limitação, facilitando sua execução de acordo com os fins que inspiraram o legislador constituinte.

Desde a Constituição de 1946, temos o importante papel das normas gerais de Direito Financeiro. Na Constituição em vigor, o veículo das normas gerais de Direito Financeiro e de Direito Tributário são as Leis Complementares da União e as Resoluções do Senado Federal (arts. 52, 146, 161, 163, 165, § 9º, 169 da CF/1988). Havendo, no Estado Federal brasileiro, pessoas distintas que legislam sobre a mesma matéria, como tributos, arrecadação, operações de crédito, dívida pública, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, controle e fiscalização da gestão financeira e orçamentária, a Constituição Federal prevê a edição de normas gerais que obrigam as diferentes esferas legiferantes, permitindo assim, ao traçarem diretrizes comuns, não só o controle mais eficiente



das finanças públicas, como também o planejamento global para a otimização e a racionalização da arrecadação tributária e dos atos financeiros estatais.

Os limites, não obstante, das normas gerais, encontram-se na própria autonomia das pessoas estatais que compõem a federação. Dentro do Direito Tributário, a prevenção de conflitos de competência é um marco importante, indicador desses limites. A isonomia dos entes políticos – em que se baseia a federação – não é conciliável com a norma de competência derivada de outro ente político e dependente da edição de Lei Complementar federal. Por essa razão, dispõe o art. 24, § 3º que, inexistindo Lei Federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Assim, as normas gerais das Leis Complementares não suprimem, nem reduzem ou substituem o exercício da competência legislativa tributária por cada pessoa política, que regulará o tributo de sua competência, posta na Constituição, por meio da edição de Lei própria, único ato normativo estatal apto a instituí-lo, validamente, dentro do respectivo âmbito territorial de validade. Nem tampouco a inexistência da norma

geral federal poderá paralisar o exercício da competência legislativa estadual ou municipal.

Nesse sentido, é rigorosamente correto, por exemplo, o dispositivo da Lei Complementar nº 116/2003, que estabelece a competência para tributar do Município onde se situa o estabelecimento prestador dos serviços em alto mar, pois temos então a escolha *da conexão territorial* essencial para reconhecer o verdadeiro aspecto espacial da norma, real e concreto. Com isso, a referida Lei Complementar subtraiu tais serviços, prestados em território ou zona exclusiva federal, legitimamente, da União.

Sem embargo, o mesmo não se passaria se o legislador elegesse o critério do local da prestação de serviço, atribuindo aos Municípios confrontantes o poder de tributar sob a ficção de que as suas projeções sobre o mar territorial integram seus territórios. A pretensão de se criar território municipal ou estadual em alto mar é ficção afrontosa à Constituição, pois todos os serviços e demais fatos geradores de impostos ocorridos na plataforma continental são de competência da União, conforme determina o art. 147 da Constituição.

5. Impossibilidade jurídica de se considerar, por ficção, território municipal ou estadual o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental

Uma vez demonstrado que a Constituição da República define o mar territorial e a plataforma continental como territórios não submetidos ao poder político de qualquer Estado-membro ou Município, cabe ainda indagar se o legislador complementar poderia, com base em presunções ou ficções jurídicas, considerar certas projeções sobre a plataforma continental contígua ao litoral de certos Estados-membros e Municípios como parte do território de tais entes federativos, para o fim específico de fazer incidir sobre eles a competência tributária para instituir e cobrar impostos como o ICMS e o ISS.

Se essa hipótese fosse tida como juridicamente viável, então o fato de a Constituição distinguir entre, de um lado, o mar territorial e a plataforma continental e, de outro lado, o território dos Estados-membros e Municípios, não afetaria a possibilidade de o legislador complementar estabelecer, por ficção, a incidência de normas tributárias esta-

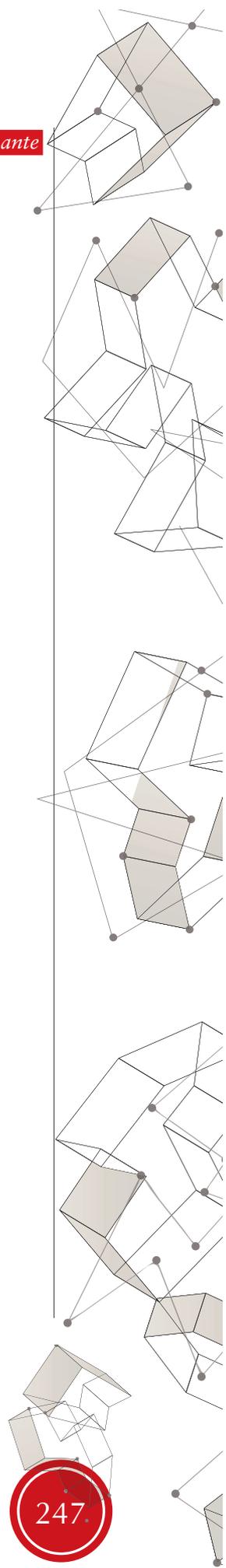
duais e municipais sobre essas águas e a plataforma continental.

Inicialmente, cumpre diferenciar as presunções e as ficções jurídicas, para fins de se compreender o regime jurídico de cada uma delas. Como explica Foriers: “Presunções e ficções, se é certo que elas apresentam uma certa analogia sob o ponto de vista de sua veracidade, pertencem entretanto a categorias distintas. As presunções se referem à teoria da prova, e as ficções à teoria do âmbito da norma jurídica.”¹⁵

Presunções surgem, via de regra, quando há incerteza sobre a ocorrência de determinados fatos ou acontecimentos de relevância para o direito, mas o legislador opta por determinada maneira de solucionar as controvérsias empíricas eventualmente existentes em um caso concreto. Como explica Edna Ullmann-Margalit, em rigorosa análise lógico-filosófica das presunções jurídicas,

[...] regras que estabelecem presunções funcionam como, e são portanto justificadas, como meios de se encontrar uma saída para problemas não-resolvidos de deliberação. Elas encontram lugar em situações que, quando descritas de forma genérica, apresentam um padrão recorrente ao qual é inerente um problema de decisão, de modo

15 FORIERS, 1974, p. 8.



que se pode antecipar que os agentes que têm o dever de atuar podem ficar presos em processos de deliberação inconclusivos ou abandonados.¹⁶

A presunção se apresenta, portanto, como uma solução para os problemas de deliberação que, via de regra, não podem ser solucionados de forma adequada sem elas.

Por isso se pode dizer, como o faz a doutrina, que “a presunção é a suposição da existência de um fato desconhecido que é tido como verdadeiro e consequente de outro fato conhecido”. Nessas situações, como explica Iso Chaitz Scherkerkewitz, “o fato desconhecido carece de produção probatória, apoiando-se no fato conhecido já provado”, e a presunção é “a ilação que o julgador deduz de um fato conhecido para um fato desconhecido”.¹⁷

Essa ilação, no entanto, jamais pode ser arbitrária, na medida em que, além de a presunção ter sido instituída por uma norma jurídica válida, deve haver “uma causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido”¹⁸.

No âmbito da tributação, explica Misabel Derzi, as presunções normalmente operam sob a forma de uma “execução simplificadora da lei” que busca a construção de um parâmetro geral para propiciar a “aplicação da lei em massa”, por meio de uma abstração que tende a desconsiderar as particularidades do caso concreto, que é substituído por um “esquema padrão”.¹⁹

As presunções no Direito Tributário – incluindo-se as “pautas de valores”, em impostos como o IPTU, e a denominada “substituição tributária progressiva” ou “para frente”, no caso específico do ICMS – tendem, portanto, a desconsiderar elementos essenciais para a materialidade do fato gerador da obrigação tributária, na medida em que os valores de presumida ocorrência do fato gerador nem sempre coincidem com os das operações efetivamente realizadas pelos contribuintes do imposto. Apresentam, portanto, um elevado potencial para distorcer o fato gerador do tributo e violar, desse modo, o princípio constitucional da legalidade tributária (art. 150, I, CF/1988). Como explica novamente Misabel Derzi, a execução simplificadora da lei, por meio de pre-

16 ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 156.

17 SCHERKERKEWITZ, 2002, p. 25.

18 SCHERKERKEWITZ, 2002, p. 25.

19 DERZI, 2008, p. 332.

sunções, embora possa eventualmente ser admitida se uma série de cautelas for tomada, “tende à inconstitucionalidade”, quer ocorra no plano legal ou no plano regulamentar.²⁰

Para se aferir se, em cada caso concreto, essa tendência à inconstitucionalidade se verifica, é imperioso, antes de mais nada, reconhecer que toda presunção jurídica, como reconhece a doutrina, é uma “regra que obriga que se reconheça uma conclusão presumida diante de determinadas condições”.²¹ Ou, ainda, como explica Daniel Mendonça,

[...] as presunções legais são, com maior rigor, *normas* que impõem o dever de aceitar uma proposição, sempre que outra proposição se encontre devidamente provada. Sendo assim, as presunções legais impõem um dever muito particular, a saber, o dever de aceitar certas proposições em determinadas circunstâncias, especificadas pelo sistema. [...] As presunções legais têm caráter prescritivo e, mais precisamente, obrigatório, posto que elas são ditadas para que algo deva se realizar.²²

A questão da validade de uma presunção jurídica concerne, portanto, invariavelmente à validade de uma *nor-*

ma jurídica que estabelece que determinado estado de coisas “é presumível”, com todos os efeitos jurídicos que isso acarreta.²³

A diferença entre as denominadas presunções *iuris tantum* e as presunções *iuris et de iure* refere-se, pois, apenas à existência de uma cláusula adicional que estabelece condições para superar o suposto de fato descrito na hipótese de incidência da norma que estabelece a presunção. Quando se afirma que as presunções *iuris tantum* se diferenciam das *iuris et de iure* porque as primeiras, diferentemente das últimas, “aditem prova em contrário”, pode-se perceber claramente que a diferença central entre elas é que as primeiras são tidas como normas “derrotáveis” ou “superáveis” (*defeasible*), enquanto nas últimas se proíbe “admitir exceções à norma de presunção”.²⁴ Enquanto as presunções *iuris et de iure* possuem uma estrutura do tipo “Se A, então deve ser B”, as presunções *iuris tantum* tem uma estrutura do tipo “Se A e não C, então deve ser B”.²⁵ A estrutura das presunções

23 AGUILÓ REGLA, 2006, pp. 9-31.

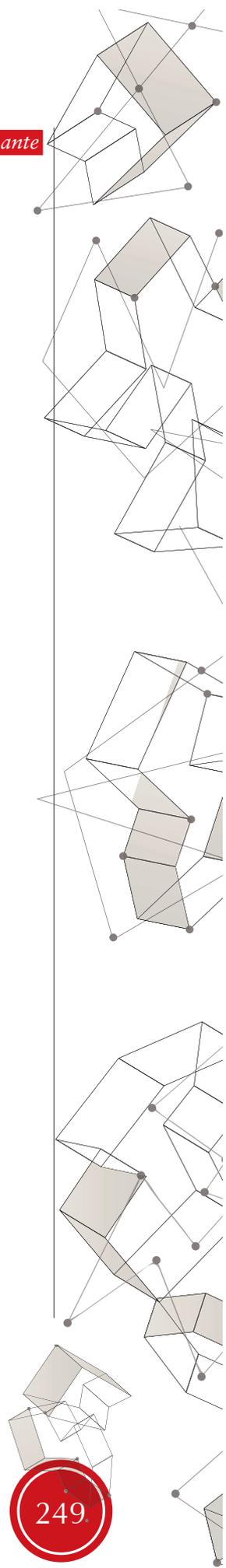
24 AGUILÓ REGLA, 2006, p. 21.

25 Esquemas formais semelhantes a estes são encontrados em WRÓBLEWSKI, 1974,

20 DERZI, 2008, p. 326.

21 WRÓBLEWSKI, 1974, p. 48.

22 MENDONÇA, 1998, p. 89.



iuris et de iure coincide, portanto, com a das denominadas ficções jurídicas.²⁶

Segundo a lição de Iso Chaitz Scherkerkewitz: “A ficção é uma criação do legislador. O legislador faz uma valoração jurídica, dentro de uma norma legal, de um fato pré-jurídico, que acontece no mundo natural, desvinculando desse fato os seus efeitos normais. A ficção cria uma verdade jurídica diferenciada da verdade real”.²⁷

De todo modo, o que importa salientar é que tanto as ficções como as presunções se baseiam em uma *norma jurídica* que as instituem. As presunções, de um lado, em normas superáveis, e as ficções, de outro, em normas absolutas

p. 48; MENDONÇA, 1998, p. 83 *et seq.*; AGUILÓ REGLA, 2006, p. 11 e ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 147 *et seq.*

26 Há, inclusive, autores que simplesmente equiparam as presunções *iuris et de iure* às ficções, na medida em que elas possuem a mesma estrutura. Nesse sentido, Wróblewski afirma: “Particularmente, a fonte das ficções se encontra nas presunções irrefratáveis, *presumptiones iuris et de iure*, pois elas não podem ser descartadas, e formulam assim asserções onde a falsidade não pode ser demonstrada por referência à realidade” (WRÓBLEWSKI, 1974, p. 67). No mesmo sentido, definindo as presunções *iuris et de iure* não como normas que estabelecem uma presunção, mas como normas baseadas em uma presunção, cf. AGUILÓ REGLA, 2006, p. 25 *et seq.*

27 SCHERKERKEWITZ, 2002, p. 36.

ou não superáveis, que criam uma realidade jurídica fictícia.

Essa norma jurídica, obviamente, tem de se ajustar perfeitamente ao sistema jurídico para que possa permanecer válida. No caso das presunções, que buscam reconstruir fatos desconhecidos com o fito de determinar os seus efeitos jurídicos, o princípio fundamental da razoabilidade exige que elas tenham uma “correspondência com a realidade”, sob pena de se tornarem arbitrárias e atentatórias aos direitos fundamentais.²⁸

É o que o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente no julgamento do RE 213.396, no qual se admitiu a responsabilidade, por substituição, das montadoras de veículos em relação ao ICMS devido pelas concessionárias em operações posteriores. Embora tenhamos reservas quanto a essa decisão, que não nos parece inteiramente acertada, não podemos deixar de concordar com as seguintes palavras do ilustre Ministro Ilmar Galvão, que atuou como Relator, sobre a necessidade de correspondência do fato gerador presumido com a realidade:

Com efeito, trata-se de fato econômico que constitui verdadeira etapa preliminar do fato

28 CERRI, 1994, p. 132.

tributável (a venda do veículo ao consumidor), que o tem por pressuposto necessário; o qual, por sua vez, é possível prever, com quase absoluta margem de segurança, uma vez que nenhum outro destino, a rigor, pode estar reservado aos veículos que saem dos pátios das montadoras, senão a revenda aos adquirentes finais; sendo, por fim, perfeitamente previsível, porque objeto de tabela fornecida pelo fabricante, o preço a ser exigido na operação final, circunstância que praticamente elimina a hipótese dos excessos tributários.²⁹

Portanto, presunções que não guardem uma correspondência com a realidade e que desnaturem o fato gerador são, ainda que instituídas em lei, inconstitucionais por violarem o princípio da razoabilidade. Como explica Paulo de Barros Carvalho: “O tema das competências legislativas, entre elas o da competência tributária, é, eminentemente, constitucional. Uma vez cristalizada a limitação do poder legiferante, pelo seu legítimo agente (o constituinte), a matéria se dá por pronta e acabada, carecendo de sentido a sua reabertura em nível infraconstitucional”.³⁰

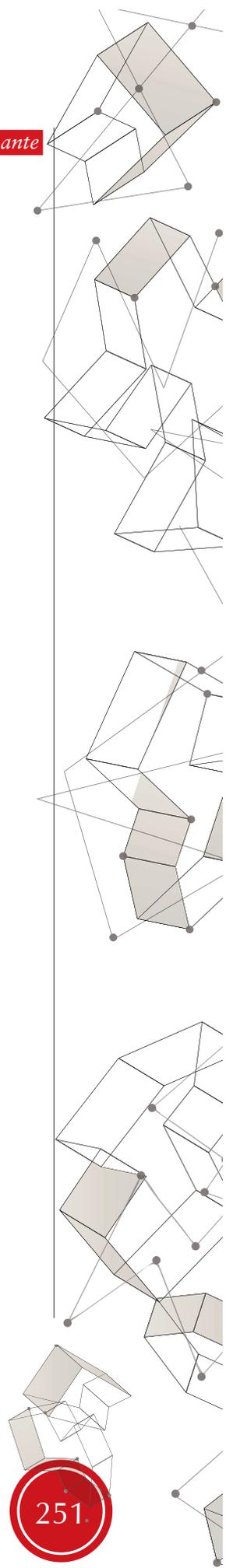
29 BRASIL, STF, Pleno, RE 213.396-5 (SP), Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.12.2000, Ementário 2014-2 (Voto do Relator).

30 CARVALHO, 1999, pp. 157-158.

A Lei Complementar não pode, por conseguinte, pretender estender a competência tributária por meio de ficções, na medida em que a definição da competência legislativa é matéria exclusivamente constitucional, que constitui um limite à própria autoridade do legislador. É matéria de limitações ao poder de tributar e, portanto, está absolutamente excluída da esfera de discricionariedade do legislador.

A hipótese de extensão da competência tributária por meio de ficções equivale, assim, precisamente ao suposto de fato do pleonástico artigo 110 do CTN, que na verdade é apenas uma repetição de um princípio fundamental do Direito Tributário que decorre logicamente da própria distribuição de competências tributárias estabelecida pela Constituição. Ao comentar esse dispositivo, Luciano Amaro ensina com precisão:

Não se nega que a lei tributária possa modificar o conceito dado pelo direito privado (ou, em regra, por qualquer outro ramo do direito). Por conseguinte, é lícito à lei tributária, por exemplo, equiparar a pessoa física à pessoa jurídica (o que, efetivamente, é feito, em dadas situações, pela lei do imposto de renda). O que se veda à lei tributária é a modificação de conceitos que tenham sido utilizados por lei superior para a definição



da competência tributária, se da modificação puder resultar a ampliação de competência. Por isso, se a regra que outorga competência tributária (e, portanto, dá os contornos do campo sobre o qual é exercitável a competência) autoriza a tributação de imóvel, não pode o legislador tributário equiparar móveis e imóveis, para efeitos fiscais, sob pena de ampliar, ilegítimamente, sua esfera de competência.³¹

Com efeito, da mesma forma que o termo “imóvel” define um dos elementos da regra de competência do IPTU, o território do Município, por exemplo, é um limite constitucional que estabelece o âmbito sobre o qual a competência tributária existe para o ISS. O que a Lei Complementar pode decidir, no caso do ISS, é apenas se a tributação ocorrerá na sede do prestador do serviço ou no local onde o serviço é prestado. Esta última hipótese, no entanto, apenas se verificada a premissa de que o serviço é prestado no território de algum Município, pois caso contrário a competência para instituir o imposto seria transferida para a União.

Uma “presunção” ou “ficção” de que a plataforma continental seria “território” de algum Município seria, por assim dizer, uma presunção que viola

os limites do poder de tributar, e está, portanto, absolutamente vedada pelo texto constitucional.

6. Da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 2.080/RJ e do posicionamento de Raul Machado Horta

O Supremo Tribunal Federal ainda não firmou seu posicionamento relativamente à interpretação do § 1º do art. 20 da Constituição. Sem embargo, dormita em seus escaninhos a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.080-3/RJ aforada pela Confederação Nacional do Transporte (CTN), inquinando de inconstitucional a Constituição do Estado do Rio de Janeiro (§ 5º do seu artigo 194), bem como o § 4º do art. 31 da Lei Estadual nº 2.657 de 26/12/1996, regulatória do ICMS naquela unidade da federação, por violarem os artigos 20, V e VI; 150, VI e 146, I, III, alínea “a” e 155, § 2º, XII, “d” da Constituição Federal. A suspensão *in limine* dos dispositivos legais atacados foi negada à unanimidade pela Corte, sendo a relatoria do Ministro Sydney Sanches. Embora não tenha o STF decidido o mérito, os Ministros, na composição existente à

31 AMARO, 2007, p. 101.

época, adiantaram pontos mercedores de análise.

O Relator não prejudicou a espécie, negou tão somente a medida cautelar de imediata suspensão dos dispositivos legais atacados, tendo mencionado alternativas que não foram questionadas. Os Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, entretanto, teceram aligeiradas conclusões a merecer destaques, muito embora já não pertençam à Corte.

Disse o Min. Velloso: “Sr. Presidente, a disposição inscrita no art. 20, § 1º, da Constituição, é indicativa no sentido de que a plataforma continental constitui território do Estado ou do Município. Só isso seria suficiente para afastar, pelo menos ao primeiro exame, a eiva de inconstitucionalidade da lei que estabelece competência tributária do Estado sobre essa plataforma”.

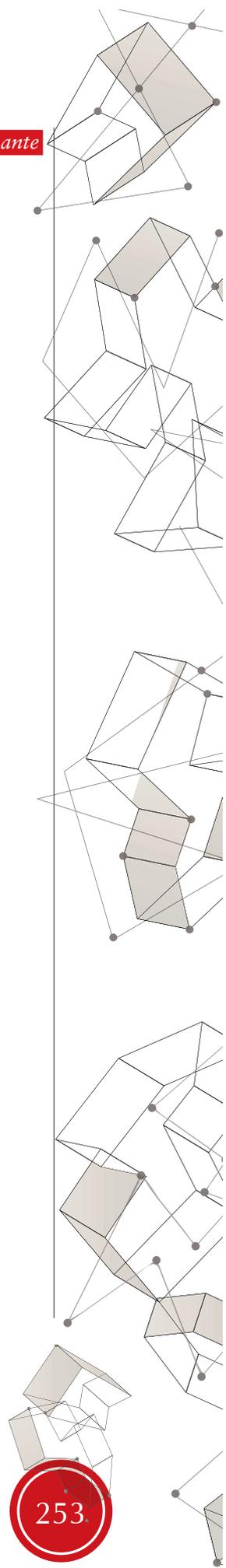
Deveria o Ministro acrescentar à sua opinião vigorosa argumentação, visto que dois ilustres pareceristas com atuações nos autos que a Corte estava a examinar, o professor Raul Machado Horta e o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, empregaram sólidos argumentos em sentido contrário.

Da mesma forma, o Ministro Sepúlveda Pertence – igualmente já aposentado – adiantou sua opinião, ferindo

o princípio da isonomia com que a União deve tratar os Estados e os Municípios. Admite que os Estados e Municípios marítimos avizinados da exploração ou exploração de petróleo e gás possam estender seus territórios em até duzentas milhas marítimas oceano adentro, para exercer suas competências tributárias relativamente aos seus impostos, em detrimento dos Estados mediterrâneos. No caso dos Estados, são o ICMS, o ITCD (heranças e doações de quaisquer bens ou direitos) e o IPVA. No caso dos Municípios, temos o ISS, o IPTU e o imposto sobre transmissão de bens imóveis por ato intervivos.

Disse o Ministro Sepúlveda Pertence:

A mim, pelo menos em termos de liminar, me parece claro haver uma confusão, na lógica da ação direta, entre domínio público e território, e que, na federação, não há área ou suas projeções que não estejam no território de um Estado ou do Distrito Federal e, simultaneamente, de um Município. O art. 20, § 1º – relativo à chamada participação ou compensação financeira na exploração de recursos minerais, de petróleo ou gás natural – é o corolário claro deste princípio, o de que, embora ninguém discuta tratar-se de bens dominiais da União, as jazidas se situam no território de um Estado, de um Município ou do Distrito Federal. Basta



dizer que temos, no País, áreas, ou partes territoriais integralmente do domínio da União: pense-se no Estado de Roraima e nos seus territórios indígenas, nos quais há Municípios inteiramente inseridos, sem que, por isso, deixem de ter um território. Chegou até um movimento indigenista a sustentar que não se podia criar Município em áreas indígenas, o que me pareceu apenas mais uma confusão entre domínio e território.

A posição dos citados ex-Ministros esbarra, em primeiro lugar, nos dizeres literais do art. 147 da Constituição, tantas vezes invocado, que demonstra claramente a existência de parcelas do território nacional que são exclusivamente da União, sem pertença simultânea ao Estado ou Município.

Ademais, a última parte de seu breve discurso já está superada pelo próprio STF. A expulsão dos arrozeiros, com fazendas estabelecidas nos Municípios da Reserva Raposa/Terra do Sol, fez com que fossem dissolvidas as zonas urbana e rural ali existentes, instalando-se em seu lugar uma reserva indígena sob a tutela da FUNAI, sem confusão alguma entre “território” e “domínio”.

Com efeito, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha, no julgamento da Ação Popular em que se considerou

legítimos os atos administrativos de demarcação da Reserva indígena Raposa Terra do Sol, admitido que “nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de pessoa político-geográfica”,³² a Corte Máxima deixou absolutamente claro que o fato de as terras indígenas se situarem sob o domínio da União implica um regime jurídico especial, na medida em que é necessário o “controle da União sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena”.³³ Isso implica, portanto, que os Estados-membros e Municípios carecem de autonomia para fazer valer as suas normas nesses sítios.

Como explicou o Ministro Ayres Brito, no voto prolatado na qualidade de Relator, as “terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito

32 BRASIL, STF, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 19.03.2009, pub. DJe n. 181, 25.09.2009. Republicação DJe n. 120, 01.07.2010. Ementário n. 2408-2, Voto do Relator Min Carlos Ayres Brito, p. 18.

33 BRASIL, STF, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 19.03.2009, pub. DJe n. 181, 25.09.2009. Republicação DJe n. 120, 01.07.2010. Ementário n. 2408-2, Voto do Relator Ministro Ayres Brito, p. 19.

jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo”. Por conseguinte, em que pese o fato de “os índios nelas permanentemente situados” poderem manter vínculos com os Municípios que as envolvam”, é certo que “a atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer em regime de concerto com a União e sob a liderança desta”.

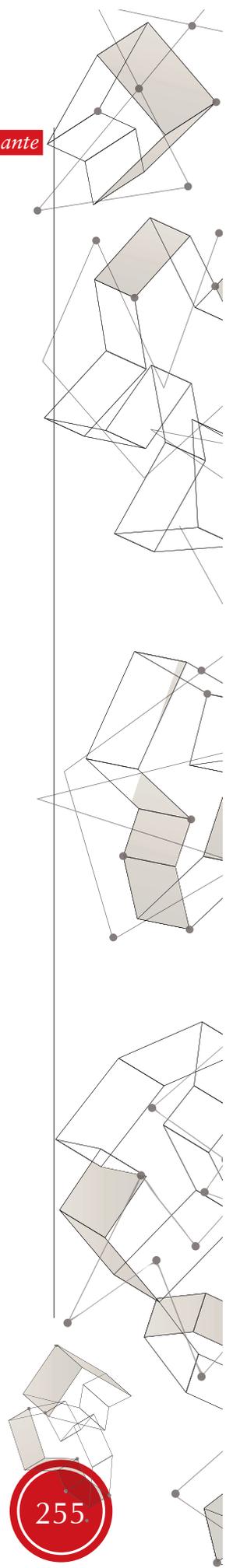
Nesse sentido, o eminente Ministro frisa que as competências da União podem, inclusive, ser exercidas *contra* os Municípios, já que estes muitas vezes apresentam interesses inconciliáveis com o das comunidades indígenas, como se pode ler no seguinte excerto:

[...] Subjaz à normação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal e o fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as terras indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração de seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia [...]. É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário.

Ademais, o tribunal reconheceu, na esteira do voto do Ministro Carlos Menezes Direito, que o domínio da União sobre as terras indígenas implica um regime jurídico em que praticamente todas as competências dos Estados e Municípios ficam concentradas na União, de modo que a analogia pretendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence é de muito pouca utilidade para sustentar a tese de que os Estados e Municípios preservam a sua competência tributária no âmbito das terras, águas, ilhas e plataforma continental sob o domínio da União.

Com efeito, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ação, que “as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43, da Lei n. 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros”.³⁴

34 BRASIL, STF, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 19.03.2009, pub. Dje n. 181, 25.09.2009. Republicação Dje n. 120, 01.07.2010. Ementário n. 2408-2, Voto do Ministro Menezes Direito e Ata da Sessão de julgamento, datada de 19.03.2009, fl. 880 dos autos.



A administração e o controle jurídico-político das terras indígenas, portanto, fica adstrita à União, e o domínio da União sobre essas terras implica inclusive a imunidade tributária nas referidas áreas, de modo que o raciocínio do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, que equipara o “domínio da União” à mera propriedade, é absolutamente inepto para fundamentar a pretensão de que os Estados e Municípios seriam competentes para instituir ISS e ICMS sobre as águas de domínio exclusivo da União.

A tese de que o oceano é estadual e municipal se nos parece – com a devida vênia – cerebrina e artificiosa. Por essa via a questão até se complica. A ser assim, o transporte aéreo de coisas, pois o de pessoas restou livre do ICMS *ex vi* de Acórdão do próprio STF,³⁵ seria estritamente municipal – entre, digamos, o heliporto de um Município e a plataforma localizada em sua área de projeção marítima. Caberia, na espécie, o ISS e não o ICMS como pretendido pelo Estado do Rio de Janeiro, vez que esse imposto apenas incide sobre serviços de transporte que não sejam estritamente municipais. As projeções territoriais

artificiais seriam uma fonte perene de discussão entre Municípios (ISS) e entre estes e os Estados (ICMS), para saber se o barco, o helicóptero ou o hidroavião partiram do Município A em terra e chegaram à plataforma “Beta”, em pleno oceano do Município A, B ou C.

Percebe-se, neste ponto, que a interpretação mais adequada do texto constitucional permanece a do saudoso Professor Raul Machado Horta, a quem a comunidade jurídica brasileira é tão devedora. Com efeito, à fl. 136 da mesma ADIN, que ainda aguarda julgamento de mérito no Supremo Tribunal Federal, ponderou o mestre mineiro:

[...] Às fases da internacionalização e da legalização, representadas pelo costume internacional, as Convenções Internacionais e os atos legislativos do Direito interno, o Direito Brasileiro acrescentou a fase da constitucionalização, para identificar o ingresso dos referidos institutos – mar territorial, plataforma continental, zona econômica exclusiva – no domínio da Constituição. Esse ingresso na matéria constitucional confere a esses institutos a supremacia da norma da Constituição. [...] Considerando a vinculação ao exercício do poder soberano, a Constituição fez a inclusão dos mesmos do domínio da União Federal, que, na organização federal brasileira, identifica a pessoa jurídica de direito público, titular da soberania e da competência internacional do

35 BRASIL, STF, Pleno, ADI 1600-8, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26.11.2001, DJ de 20.06.2003, Ementário n. 2115-9.

Estado brasileiro. (C.F. - art. 21 - I - II). A Constituição qualifica de bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (art. 20 - V) e o mar territorial. (art. 20 - VI). Na sua qualificação constitucional de bens da União, a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva foram colocados na competência dos poderes da União. A inclusão constitucional no campo dos poderes da União afasta qualquer intromissão dos Estados Federados e dos Municípios na área do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.³⁶

A seu turno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorre à fl. 137 e seguintes:

O mar territorial, no direito brasileiro, está exclusivamente no domínio espacial do Poder Central, ou seja, do Estado Brasileiro. Não se inclui no território de qualquer Estado, nem de qualquer Município. A Constituição não o diz expressamente, mas o demonstra claramente. Realmente, ela não deixa campo para outro Poder que não o federal, ao dispor sobre o que concerne ao mar. A demonstração é fácil. Compete à União, privativamente, legislar sobre direito marítimo (art. 22, I). Compete à polícia federal exercer as funções de polícia marítima (art. 144, § 1º, III). À Justiça federal julgar os crimes cometidos a bordo de navios (art. 109, IX) etc.³⁷

36 HORTA, s.d.

37 FERREIRA FILHO, s.d.

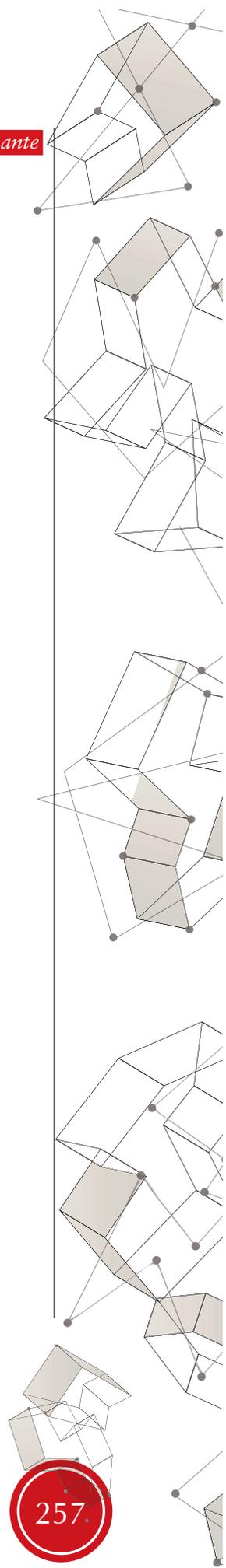
Com o que concorda Machado Horta, citado pelo Relator à fl. 140:

[...] Não supre a não incidência do ICMS, na modalidade de transporte aéreo, ora examinado, a burla que se praticou, em legislação do Estado do R.J., para fins de cobrança do ICMS, considerando a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusivas integrantes do território do Estado e do Município (lei estadual 1.423/89, art. 32, par. 8º). A extravagante desapropriação legislativa contém no seu bojo violenta ofensa à C.F., inusitada negação dos poderes soberanos da União e patológica dilatação dos poderes reservados dos Estados. É caso que se pode inscrever no capítulo da patologia tributária.³⁸

Os especialistas não viram confusão alguma entre domínio eminente e útil da União, território federal e bens da União. Ficaram assombrados, isso sim, com os conceitos canhestros de território estadual e municipal – para fins tributários – sobre o oceano azul.

O único esteio do argumento em favor da competência tributária estadual e municipal sobre o mar territorial – o art. 20, § 1º – leva a conclusões radicalmente opostas, como vimos de ver. Sim, porque se dividem *royalties* e reparações de duas maneiras. Apenas

38 HORTA, s.d.



com os Estados e Municípios afetados e com todos quando os resultados se dão em lugares exclusivos da União Federal.

Nesse sentido, o Governo do Estado do Rio de Janeiro entrou nos autos da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade com Parecer do Procurador do Estado, Arthur José Faveret Cavalcanti, que à fl. 158 dos autos da ADI depõe:

2. A Constituição Federal não contém regras concernentes à determinação do território nacional. Menos ainda se preocupou o constituinte com os territórios de Estados e Municípios. A Constituição se limita a listar, no artigo 20, os bens pertencentes à União, e, no artigo 26, os pertencentes aos Estados. Desnecessário dizer que o fato de o artigo 20 incluir o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva entre os bens da União, não autoriza concluir que não façam eles parte do território de qualquer dos Estados. O artigo 20 trata do direito de propriedade e não de jurisdição. Todos os bens ali mencionados, como, por exemplo, os terrenos de marinha, as terras devolutas, as terras dos índios podem estar, e normalmente estão, dentro do território de algum Estado. O mesmo, portanto, pode ocorrer com o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.³⁹

Causa espanto o abuso do raciocínio analógico em tema de tamanha relevância, além do desprezo ao art. 147 da Constituição Federal. A questão é que não são comparáveis situações diversas. É sabido, *v. g.*, ser possível usucapir imóvel em terrenos da marinha; não em detrimento da União, mas de enfiteuta descuidado que detém o domínio útil (a União detém o domínio eminente). Desde a Primeira República, sabe-se que a União exerce suas funções e tem os seus prédios e repartições no território de milhares de Municípios, por sua vez sítos em todos os Estados da federação. É sabido que edifícios em terrenos de marinha pagam IPTU. É consabido que o Município pode cobrar ISS em serviços prestados nas plataformas de petróleo e gás, desde que o prestador tenha estabelecimento naquele Município, elemento de conexão para determinar o sujeito ativo da obrigação tributária.

É diferente de afirmar que o mar territorial, o subsolo marinho, a zona de exploração exclusiva da União – 200 milhas marítimas mar adentro – estão em território estadual ou municipal. A assertiva, além de causar estranheza, é um dislate jurídico, contrário à lógica da Constituição Federal.

39 CAVALCANTI, s.d.

Assim, por exemplo, no que concerne ao ISS, embora a Lei Complementar nº 116 (normas gerais do ISS) traga em seu bojo duplo critério para fixar a competência tributária ativa – quais sejam os serviços que são devidos ao Município da efetiva prestação dos serviços e serviços que são devidos ao Município da situação do estabelecimento e/ou do domicílio do prestador, ainda que os serviços sejam prestados alhures –, somente este último critério é útil e praticável pela observância do elemento de conexão subjetivo em prol dos Municípios. Fatos ocorridos em mar alto, nas plataformas de exploração e no subsolo marinho, por si sós, não são jurígenos do ISS, vedada a existência de “território por ficção”, à falta de autorização constitucional e por gerar colisões normativas e conflitos de competência. A jurisprudência do STJ, diga-se por oportuno, depois de fixar-se na tese de que o fato gerador do ISS se daria sempre no local da prestação, voltou atrás e rendeu-se à técnica da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Tal lei enumera os casos em que a competência ativa se dá pelo critério da efetiva prestação do serviço, prevalecendo como critério principal o do local da situação do estabelecimento prestador, justamente o que permite a possibili-

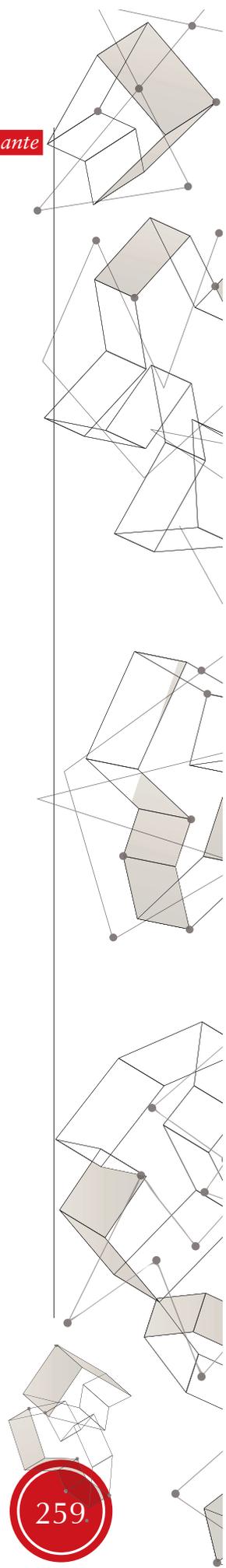
dade de o Município tributar com esse imposto serviços prestados em qualquer lugar do território nacional, e serviços prestados na Plataforma Continental, no oceano e no subsolo marinho na zona de exploração econômica exclusiva da União Federal.

7. Conclusões

Pode-se concluir, portanto, que o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva não podem ser considerados, nem mesmo por ficção, como parte integrante do território de Estados-membros e Municípios brasileiros. Nesse sentido, há que se buscar uma interpretação sistemática da Constituição que seja capaz de preservar a sua integridade e a coerência entre os princípios fundamentais que subjazem ao modelo de federalismo de cooperação adotado pela Constituição de 1988.

Neste particular, a contribuição do Professor Raul Machado Horta, em parecer não publicado, mas anexado aos autos da ADIN 2.080/RJ, ainda pendente de julgamento pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, é de grande valia para a comunidade jurídica pátria.

Inexiste, na ordem jurídica brasileira, qualquer fundamento para inter-



pretar o § 1º do art. 20 da Constituição como incluindo a plataforma continental e o mar territorial no território de qualquer Estado-membro ou Município brasileiro.

Caso essa tese malsinada pudesse vir a prevalecer, tornar-se-ia impossível distribuir *royalties* sobre a exploração de petróleo para qualquer Estado ou Município não confrontante com o mar territorial ou com a plataforma continental. As graves consequências dessa interpretação, adotada por alguns ex-ministros do Supremo Tribunal, ilustram de forma bastante clara que as lições do Mestre Raul Machado Horta são não apenas altamente relevantes para a formação dos juristas e publicistas brasileiros, mas também extremamente atuais e decisivas para solucionar alguns dos mais importantes debates ainda em aberto no Direito Público brasileiro.

Referências

- AGUILÓ REGLA, Josep. Presunciones, verdad y normas procesales. In: *Isegoría*, v. 35, jul./dec. 2006.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, STF, Pleno, ADI 1600-8, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26.11.2001, DJ de 20.06.2003, Ementário n. 2115-9.
- BRASIL, STF, ADIN-MC 2080-3/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 06.02.2002, DJU de 22.03.2002, Ementário n. 2062-1.
- BRASIL, STF, Pleno, RE 213.396-5 (SP), Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.12.2000, Ementário 2014-2 (Voto do Relator).
- BRASIL, STF, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 19.03.2009, pub. DJe n. 181, 25.09.2009. Republicação DJe n. 120, 01.07.2010. Ementário n. 2408-2.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *Parecer anexado aos autos da ADIN n. 2080/RJ*. Rel. original Min. Sidney Sanches. Redistribuído para o Min. Gilmar Mendes (pendente de julgamento). S.d.
- CERRI, Augusto. I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato. In: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: atti del seminário svoltosi in Roma (corte costituzionale)*. Palazzo della Consulta, 13 e 14 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1994.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer anexado aos autos da ADIN n. 2080/RJ*. Rel. original Min. Sidney Sanches. Redistribuído para o Min. Gilmar Mendes (pendente de julgamento). S.d.
- FORIERS, Paul. Présomptions et fictions. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul (orgs.). *Les presumptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1974.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1964.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HORTA, Raul Machado. *Parecer anexado aos autos da ADIN n. 2080/RJ*. Rel. original Min. Sidney Sanches. Redistribuído para o Min. Gilmar Mendes (pendente de julgamento). S.d.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDONÇA, Daniel. Presunciones. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21-I, 1998.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e ficções no direito tributário e no direito penal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. On presumption. In: *The Journal of Philosophy*, v. 80, n. 3, pp. 143-163, mar. 1983.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul (orgs.). *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelas: Bruylant, 1974.