

FERNANDO FACURY SCAFF

ROYALTIES DO PETRÓLEO, MINÉRIO E ENERGIA

Aspectos constitucionais, financeiros e
tributários

2ª edição revista, ampliada e atualizada

Área específica da obra

Direito Constitucional

Áreas afins do livro

Direito Público, Direito Financeiro,
Constitucional e Tributário

Público-alvo/consumidores da obra

Alunos de graduação e pós-graduação;
empresas mineradoras e órgãos públicos

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm

CÓDIGO: 10003004

Fernando Facury Scaff

ROYALTIES DO PETRÓLEO, MINÉRIO E ENERGIA

Aspectos constitucionais,
financeiros e tributários



2ª edição revista, ampliada e atualizada

FORUM

Este livro faz a análise jurídica dos *royalties* sobre petróleo, minério e energia sob os aspectos constitucionais, financeiros e tributários. Além dos aspectos teóricos sobre o tema, enfoca a cobrança e o rateio do montante arrecadado, o que interessa tanto a quem é obrigado a pagar como a quem recebe tais valores. Isso impacta as empresas mineradoras, as petrolíferas e as geradoras de energia hidrelétrica, obrigadas a tais pagamentos. Por outro lado, os Estados e Municípios que recebem esses valores são igualmente interessados na obra, pois existem diversos aspectos relevantes acerca de sua redistribuição federativa.

A presente edição foi revisada e atualizada pelo autor com base nos diversos textos normativos, como a Lei nº 13.540/17, que instituiu o *novo marco legal da mineração*, e alterou profundamente a cobrança e o rateio do *royalty* minerário, a CFEM – Compensação Financeira pela Exploração Mineral, além da Emenda nº 102/19, que modificou o §1º do art. 20 da Constituição.

S278r Scaff, Fernando Facury

Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários / Fernando Facury Scaff. 2. ed.– Belo Horizonte : Fórum, 2021.

465 p.; 14,5x21,5cm

ISBN: 978-65-5518-183-8

1. Direito Constitucional. 2. Direito Público. 3. Direito Financeiro.
4. Direito Constitucional. 5. Direito Tributário. I. Título.

CDD 341.2

CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia*: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 465 p. ISBN 978-65-5518-183-8

Fernando Facury Scaff

Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Doutor e livre-docente pela Universidade de São Paulo. Advogado, sócio de Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff Advogados.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO

Regis Fernandes de Oliveira	19
--	----

NOTA À 2ª EDIÇÃO

Fernando Facury Scaff	21
------------------------------------	----

INTRODUÇÃO.....	23
-----------------	----

CAPÍTULO I

RECEITAS PATRIMONIAIS SOBRE RECURSOS NATURAIS NÃO RENOVÁVEIS.....	29
---	----

1	Sobre os conceitos de Estado patrimonial e de Estado fiscal.....	29
2	Que tipo de bens públicos são os RNNR – Recursos Naturais Não Renováveis?.....	43
2.1	O que são Recursos Naturais Não Renováveis – RNNR?.....	43
2.1.1	A equiparação constitucional dos potenciais de energia hidrelétrica.....	45
2.1.2	Petróleo, gás e minério só dão uma safra.....	48
2.1.3	Distribuição assimétrica e rigidez locacional.....	49
2.1.4	A rigidez locacional e a distribuição federativa dos RNNR.....	52
2.1.5	Rigidez locacional e o paradoxo econômico de desenvolvimento – incentivos fiscais e disputa pelos investimentos.....	57
2.1.6	A armadilha da rigidez locacional.....	59
2.2	Que tipo de bens públicos são os Recursos Naturais Não Renováveis?.....	63
2.2.1	A distinção jurídica entre minério e petróleo: a Emenda Constitucional nº 9/1995 e o debate na ADI nº 3.273, rel. Min. Eros Grau.....	69
3	Receitas patrimoniais sobre os Recursos Naturais Não Renováveis.....	82
3.1	Patrimônio <i>versus</i> receita dos Recursos Naturais Não Renováveis.....	82
3.2	Classificação das receitas públicas.....	83
3.2.1	Esboço de classificação financeira das receitas oriundas dos Recursos Naturais Não Renováveis.....	90
3.2.2	A classificação normativa das Receitas Patrimoniais decorrentes da exploração de Recursos Naturais Não Renováveis.....	94
3.3	Baixa arrecadação; enorme importância estratégica.....	96
4	Síntese das principais ideias deste capítulo.....	100

CAPÍTULO II

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS ROYALTIES.....	103
---	-----

1	Os conceitos de <i>royalty</i> , compensação financeira e participação no resultado da exploração.....	103
2	Os regimes de exploração mineral e as Constituições brasileiras.....	111
2.1	Os sistemas de exploração mineral e de energia hidráulica.....	111
2.2	Breve nota sobre o instituto da <i>concessão mineral</i>	118
2.3	Os sistemas de exploração mineral e dos potenciais de energia hidráulica nas Constituições brasileiras.....	120
2.3.1	Entre 1824 e 1891: do regime regaliano para o regime de acessão.....	120
2.3.2	Entre 1891 e 1932: De acessão para dominical ou <i>res nullius</i> ?.....	125
2.3.2.1	Minas que não pagam <i>royalties</i> : o manifesto de mina.....	130
2.3.3	O sistema adotado pela Constituição de 1937 e posteriores.....	138
2.4	Considerações históricas sobre a cobrança e o rateio dos <i>royalties</i> no Brasil.....	145
2.4.1	Breve nota sobre direitos dos superficiários.....	153
3	A constitucionalização dos <i>royalties</i> : a Constituição de 1988.....	158
3.1	Os <i>royalties</i> e o ICMS – o <i>obter dictum</i> do Min. Nelson Jobim no MS nº 24.312/STF e os debates constituintes.....	158
3.1.1	O reflexo desses debates constituintes sobre a jurisprudência do STF (RE nº 198.088): o ICMS sobre derivados de petróleo e energia elétrica e a <i>mens legislatoris</i>	180
3.2	A compreensão do art. 20, §1º, da CF e o <i>obter dictum</i> do Min. Sepúlveda Pertence no RE nº 228.800.....	189
3.3	Podem ser instituídos outros <i>royalties</i> além dos que existem sobre petróleo, gás, recursos minerais e potenciais de energia hidráulica? O art. 20, §1º, da CF, representa titularidade patrimonial ou rateio federativo?.....	194
4	Síntese das principais ideias deste capítulo.....	196

CAPÍTULO III

INCIDÊNCIA DAS RECEITAS PATRIMONIAIS SOBRE RECURSOS NATURAIS NÃO RENOVÁVEIS.....	199
--	-----

1	A receita pública decorrente da exploração dos RNNR.....	199
---	--	-----

1.1	Receita pública e custos privados: a correlação entre receita patrimonial e receita tributária na exploração dessas atividades	199
1.2	As iniciativas internacionais de transparência: EITI – <i>Extractive Industries Transparency Initiative</i> , PWYP – <i>Publish What You Pay</i> , FMI – Fundo Monetário Internacional.....	208
1.3	Diferentes modelos de incidência de <i>royalties</i> . Experiência internacional	211
2	A exigibilidade dos <i>royalties</i> no Brasil: a regra matriz de incidência sobre as Receitas Patrimoniais dos Recursos Naturais Não Renováveis	222
3	Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM)	223
3.1	A regra matriz de incidência da CFEM.....	223
3.2	Aspectos controvertidos da base de cálculo <i>após</i> a Lei nº 13.540/17	226
3.2.1	Em caso de <i>venda</i> : a inclusão do custo do transporte no preço do <i>royalty</i>	226
3.2.2	Em caso de <i>venda</i> : o que significam <i>tributos incidentes</i>	229
3.2.3	Em caso de <i>consumo</i> : a questão do <i>valor de referência</i> do bem mineral	231
3.2.4	A CFEM sobre as águas minerais	235
3.2.5	A peculiaridade da alíquota do minério de ferro	236
3.3	Aspectos controvertidos da base de cálculo <i>antes</i> da Lei nº 13.540/17	237
3.3.1	Deduções da base de cálculo. O transporte dentro da mina e o REsp 756.530-DF, Min. Teori Zavascki.....	237
3.3.2	Quando ocorre “a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial”? Os critérios da inclusão no campo de incidência do IPI e da descaracterização mineralógica. O caso das plantas industriais intervalares	241
3.3.3	E quando não ocorrer faturamento? A verticalização industrial	252
4	<i>Royalties</i> hidrelétricos.....	256
4.1	Compensação Financeira pelo Uso de Recursos Hídricos (CFURH)	256
4.2	Os <i>royalties</i> devidos pela Usina Hidrelétrica de Itaipu	257
5	<i>Participações governamentais</i> nos contratos de petróleo e gás.....	260
5.1	Os sistemas de exploração de petróleo e gás	260
5.2	O que são participações governamentais?.....	268
5.3	A regra matriz de incidência dos <i>royalties</i> do petróleo e do gás.....	271
5.4	A regra matriz de incidência da <i>participação especial</i>	274
6	Outros aspectos sobre a incidência dos <i>royalties</i>	277
6.1	Vedação à dupla incidência da cobrança de <i>royalties</i>	277
6.2	Incidência em caso de extração clandestina	279
6.3	Incidência em caso de acidente ecológico.....	280
6.4	A questão dos <i>royalties</i> sobre terras indígenas	281
7	Decadência e prescrição dos créditos patrimoniais	289
7.1	Por que não um Código de Receitas Públicas?	296
8	<i>Royalties</i> internacionais sobre fundos marinhos, a chamada <i>Amazônia Azul</i>	298
9	Síntese das principais ideias deste capítulo	302

CAPÍTULO IV

RATEIO DAS RECEITAS PATRIMONIAIS DOS RECURSOS NATURAIS NÃO RENOVÁVEIS.....	305	
1	A divisão das receitas no espaço e no tempo	305
1.1	Notas sobre federalismo fiscal patrimonial e o sistema de fundos.....	305
1.2	Competência, capacidade e disputas federativas. A questão da fiscalização dos <i>royalties</i>	311
1.2.1	Compreensão do art. 20, §1º, CF após a EC nº 102/19.....	318
1.2.2	O art. 20, §1º, da CF, exige lei federal ou lei complementar?.....	320
1.3	Notas sobre os conceitos de vinculação, afetação e despesas obrigatórias.....	321
2	A divisão dos <i>royalties</i> no Brasil atual	326
2.1	Compensação Financeira sobre Exploração Mineral (CFEM)	326
2.1.1	Aspectos sancionatórios da inadimplência	332
2.2	<i>Royalties</i> hidrelétricos	334
2.2.1	Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos (CFURH).....	334
2.2.2	<i>Royalties</i> de Itaipu	337
2.3	Petróleo	338
2.3.1	Análise da tramitação legislativa das normas que modificaram o sistema de rateio dos <i>royalties</i>	339
2.3.2	<i>Royalties</i> do petróleo	349
2.3.3	Participações especiais.....	359
2.3.4	Análise crítica do debate judicial da Lei nº 12.734/2012, que modificou o sistema de <i>royalties</i>	363
2.3.4.1	As receitas de <i>royalties</i> são receitas originárias dos Estados e Municípios?	365
2.3.4.2	A questão ambiental subjacente: indenização ou compensação por danos – a expressão “coringa”	367
2.3.4.3	Direito adquirido ao critério revogado de rateio.....	374
2.3.4.4	Cláusula pétrea federativa: ICMS e <i>royalties</i> . <i>Mens legislatoris</i>	380
2.3.4.5	A questão da segurança jurídica e a confiança legítima interfederativa.....	386
2.3.4.6	Isonomia: a norma do art. 20, §1º, da CF/1988 prevê rateio federativo diferenciado?	390
2.3.5	Contraponto: ADIs, fundos de participação e de equalização fiscal e cláusula pétrea.....	394
2.4	O uso dos <i>royalties</i>	402
2.4.1	Vedações, liberdade orçamentária e guerra fiscal	402
2.4.2	A arrecadação dos <i>royalties</i> impacta a receita tributária dos entes subnacionais? A questão do VAF – Valor	

	Adicionado Fiscal.....	411
3	Questões de justiça intergeracional	419
3.1	O Fundo Social (FS), o Fundo Soberano do Brasil (FSB) e o Fundo Fiscal de Investimento e Estabilização (FFIE)	419
3.2	Por que poupar essas receitas para uso futuro? Uma questão de justiça intergeracional.....	425
3.3	E a maldição dos recursos naturais?.....	429
4	Síntese das principais ideias deste capítulo	432
	CONCLUSÕES.....	435
	REFERÊNCIAS.....	443