

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Paulo Honório de Castro Júnior

Tributação mineral no Brasil: uma abordagem comparativa

Belo Horizonte

2022

Paulo Honório de Castro Júnior

Tributação mineral no Brasil: uma abordagem comparativa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

C355t Castro Júnior, Paulo Honório de
Tributação mineral no Brasil [manuscrito]: uma abordagem comparativa /
Paulo Honório de Castro Júnior. - 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito tributário - Teses. 2. Impostos - Teses. 3. Minas e recursos
minerais - Teses. I. Batista Júnior, Onofre Alves. II. Universidade Federal de
Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 336.2:622(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO PAULO HONÓRIO DE CASTRO JÚNIOR

Realizou-se, no dia 26 de agosto de 2022, às 09:00 horas, Virtual - Zoom, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *Tributação mineral no Brasil: uma abordagem comparativa*, apresentada por PAULO HONÓRIO DE CASTRO JÚNIOR, número de registro 2020652794, graduado no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Onofre Alves Batista Junior - Orientador (FDUFMG), Prof(a). Paulo Roberto Coimbra Silva (UFMG), Prof(a). Fernando Facury Scaff (USP).

A Comissão considerou a dissertação:

(x) Aprovada, tendo obtido a nota 100.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2022.

ONOFRE ALVES BATISTA JUNIOR:53149270634
Assinado de forma digital por ONOFRE ALVES BATISTA JUNIOR:53149270634
Dados: 2022.08.26 12:20:06 -03'00'

Prof(a). Onofre Alves Batista Junior (Doutor) nota 100.

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA:95709983691
Assinado de forma digital por PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA:95709983691

Prof(a). Paulo Roberto Coimbra Silva (Doutor) nota 100.

FERNANDO FACURY SCAFF
Assinado de forma digital por FERNANDO FACURY SCAFF
Dados: 2022.08.26 15:18:49 -03'00'

Prof(a). Fernando Facury Scaff (Doutor) nota 100.

*Aos Mestres do presente, Professores Onofre
Batista, Fernando Facury Scaff e Paulo
Coimbra, pela generosidade dos ensinamentos
e pelo verdadeiro propósito de formar uma
nova geração de pesquisadores.*

*Aos Mestres do passado, todos os que fizeram
parte da minha graduação em Direito na
UFMG. Aos meus sócios, pelo aprendizado
diário e pela amizade.*

*Aos queridos familiares, que pacientemente
esperaram.*

À Samara, por tudo.

RESUMO

Na presente pesquisa, busca-se verificar, a partir da Constituição de 1988 e da experiência internacional, qual é o regime tributário e financeiro sobre a mineração no Brasil. A partir disso, pretende-se propor sugestões para sua melhoria. Há, portanto, duas questões que se pretende responder com este trabalho: a) Qual é o regime fiscal (tributário e financeiro) para a mineração no Brasil, definido pela Constituição de 1988? b) É possível verificar na experiência estrangeira exemplos bem-sucedidos sobre a tributação da mineração? Se sim, em que medida eles podem ser aplicados ao ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese, para o item (a), é que parece haver um regime constitucional tributário e financeiro para a mineração no texto da Constituição de 1988. Isso decorre do fato de a matéria ter sido positivada em diversas normas constitucionais direta e indiretamente relacionadas a esses recursos. Há evidências de que existe um mecanismo que articula e direciona as normas constitucionais relativas à mineração rumo à concretização dos fins constitucionais. Por exemplo, a regra do art. 20, § 1º, da Constituição conecta os *royalties* com um modelo de federalismo fiscal ou patrimonial, bem como com um regime tributário que admite a incidência de ICMS sobre minerais e o IOF sobre o ouro, em certas condições. Para o item (b), a hipótese é que haja exemplos bem-sucedidos sobre a tributação mineral na experiência internacional.

PALAVRAS-CHAVE: mineração, tributário, tributação mineral, CFEM, royalties.

ABSTRACT

In this research, we aim to verify, from the 1988 Constitution and international experience, what is the tax and financial regime on mining in Brazil. It is intended to propose suggestions for its improvement. There are, therefore, two questions that this dissertation intends to answer: a) What is the fiscal regime (tax and financial) for mining in Brazil, defined by the 1988 Constitution? b) Is it possible to verify successful examples of mining taxation in foreign experience? If so, to what extent can they be applied to the Brazilian legal system? The hypothesis, for item (a), is that there seems to be a constitutional tax and financial regime for mining in the text of the 1988 Constitution. There is evidence that there is a mechanism that articulates and directs the constitutional rules related to mining towards the achievement of constitutional purposes. For example, the rule of art. 20, § 1, of the Constitution links royalties with a model of fiscal or patrimonial federalism, as well as with a tax regime that admits the levy of ICMS on minerals and IOF on gold, under certain conditions. For item (b), the hypothesis is that there are successful examples of mineral taxation in the international experience.

KEYWORDS: mining, tax, mineral taxation, CFEM, royalties.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Carga tributária global para Chumbo, Zinco, Magnesita, Potássio, Níquel, Fosfato e Cobre.	41
Gráfico 2 – Carga tributária global para Ferro.	42
Gráfico 3 – Carga tributária global para Manganês, Bauxita e Nióbio.	42
Gráfico 4 – Carga tributária global para Ouro.	42
Gráfico 5 – Carga tributária chilena comparada com países da América Latina.	179
Gráfico 6 – Carga tributária chilena sobre a mineração comparada com países mineradores.	180
Gráfico 7 – Carga tributária peruana comparada com países da América Latina.	183
Gráfico 8 – Carga tributária peruana sobre a mineração comparada com países mineradores.	184
Gráfico 9 – Carga tributária sulafriicana comparada com países da África.	189
Gráfico 10 – Carga tributária sulafriicana sobre a mineração comparada com Países mineradores.	190
Gráfico 11 – Carga tributária de Botswana comparada com países da África.	194
Gráfico 12 – Sinergia entre infraestrutura para mineração e outros setores.	199
Gráfico 13 – Carga australiana comparada com países da Ásia e Pacífico.	200
Gráfico 14 – Carga tributária australiana sobre a mineração comparada com países mineradores.	201
Gráfico 15 – Carga tributária australiana sobre a mineração comparada com outros setores na Austrália.	201
Gráfico 16 – Proporção entre <i>royalties</i> e tributos sobre a renda na mineração na Austrália.	203
Gráfico 17 – Aplicação isolada da regra de proporção fixa.	219
Gráfico 18 – Aplicação conjunta da regra de proporção fixa e de grupo, sem o adicional.	220
Gráfico 19 – Aplicação conjunta da regra de proporção fixa e de grupo, com o adicional.	221

LISTA DE TABELAS E QUADROS

Tabela 1 – Substâncias minerais aproveitadas economicamente no Brasil.	35
Tabela 2 – Conexão da mineração à indústria de transformação no Brasil.	38
Tabela 3 – Empregos gerados por setor econômico no Brasil.	39
Tabela 4 – Remuneração média por setor econômico no Brasil.....	40
Tabela 5 – Restrições ao aproveitamento de créditos acumulados de ICMS.	121
Tabela 6 – Taxas sobre recursos naturais inspiradas na TFRM.	130
Tabela 7 – Comparação entre a TFRM e a CFEM em Minas Gerais.	153
Tabela 8 – Distribuição da CFEM no Brasil de 2010 a 2020.	204
Tabela 9 – Fórmula do <i>Mineral Resource Rent Tax</i> (MRRT)	211
Tabela 10 – A Ação nº 4 do Plano BEPS.	219
Tabela 11 – Fatores que afetam o uso de dívida na mineração.	223
Tabela 12 – Proposição para incidência progressiva da CFEM sobre lucro.	252

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
- ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- ANM – Agência Nacional de Mineração
- BEPS – do inglês, *Base Erosion and Profit Shifting*
- CFEM – Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais
- CNA – Confederação Nacional da Agricultura
- CNI – Confederação Nacional da Indústria
- COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
- CPC – Comitê de Pronunciamentos Contábeis
- CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
- CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
- CTN – Código Tributário Nacional
- CUP – do inglês, *Comparable Uncontrolled Price Method*
- CVM – Comissão de Valores Mobiliários
- DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral
- EC – Emenda Constitucional
- EITI – do inglês, *Extractive Industries Transparency Initiative*
- FCC – Fundo de Compensação do Cobre
- FEES – Fundo de Estabilização Econômica e Social
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- FPM – Fundo de Participação dos Municípios
- GATT – do inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade*
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- IBRAM – Instituto Brasileiro de Mineração
- ICMM – do inglês, *International Council on Mining and Metals*
- ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

IE – Imposto de Exportação

II – Imposto de Importação

IGF – do inglês *Intergovernmental Forum on Mining, Minerals, Metals and Sustainable Development*

IOF – Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou operações relativas a títulos ou valores mobiliários

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano

IRPJ – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica

IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte

ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

ITR – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural

IUM – Imposto Único sobre Minerais

IVA – Imposto sobre Valor Agregado

JFMG – Justiça Federal de Minas Gerais

LC – Lei Complementar

LIBOR – do inglês, *London Interbank Offered Rate*

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

NT – Não Tributado

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PECEX – Preço sob Cotação nas Exportações

PIB – Produto Interno Bruto

PIS – Programa de Integração Social

PL – Projeto de Lei

RAL – Relatório Anual de Lavra

RAT – Risco Ambiental do Trabalho
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RIR – Regulamento do Imposto de Renda
RFB – Receita Federal do Brasil
SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza
SRF – Secretaria da Receita Federal do Brasil
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCE – Tribunal de Contas dos Estados
TFPG – Taxa de Fiscalização de Petróleo e Gás
TFRH – Taxa de Fiscalização de Recursos Hídricos
TFRM – Taxa de Fiscalização de Recursos Minerais
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TRF – Tribunal Regional Federal
VAF – Valor Adicionado Fiscal
VAT – do inglês, *Value Added Tax*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. Objeto da pesquisa	15
2. Esclarecimentos metodológicos	18
3. Reflexões conceituais introdutórias	20
1. TRIBUTAÇÃO MINERAL NO BRASIL.....	29
1.1. Rendas Minerais	29
1.2. A Maldição dos Recursos Naturais não é um Destino Obrigatório	33
1.3. Histórico da Tributação Mineral no Brasil	46
1.4. Tributação Mineral na Constituição de 1988.....	51
1.4.1. Mecanismo Constitucional de Monetização de Recursos Minerais e sua partilha federativa	54
1.4.2. Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM)	61
1.4.2.1. A Natureza Jurídica da CFEM	62
1.4.2.2. A Regra de Incidência da CFEM.....	73
1.4.2.3. Inconstitucionalidades na Lei nº 13.540/2017	79
1.4.2.4. A dedutibilidade da TFRM na apuração da CFEM	92
1.4.3. Tributação Federal	94
1.4.3.1. Controle de Preços de Transferência	95
1.4.3.2. Controle de Subcapitalização.....	106
1.4.4. Tributação Estadual.	109
1.4.4.1. A Desoneração do ICMS nas Exportações Cumpre Objetivos Constitucionais	110
1.4.4.2. Restrições ao Aproveitamento de Créditos de ICMS Acumulados em Decorrência de Exportações.....	119
1.4.4.3. Taxas de Fiscalização de Recursos Minerais.....	127
1.4.5. Tributação Municipal.....	158
1.4.5.1. IPTU.....	158
1.4.5.2. ITR.....	161
2. TRIBUTAÇÃO MINERAL NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA	170
2.1. Instrumentos Fiscais Mais Utilizados na Tributação Mineral.....	171

2.2. Chile.....	178
2.3. Peru	182
2.4. África do Sul	187
2.5. Botswana.....	192
2.6. Austrália.....	195
2.6.1. Western Australia	205
2.6.2. Queensland.....	208
2.6.3. A Experiência do <i>Mineral Resource Rent Tax</i> (MRRT)	210
3. TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA MINERAÇÃO.....	212
3.1. Controle de subcapitalização.	213
3.2. Controle de preços de transferência.....	226
4. CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DA TRIBUTAÇÃO MINERAL BRASILEIRA	236
4.1. Síntese conclusiva.....	237
4.2. Proposições para o aperfeiçoamento da tributação mineral brasileira.....	249
REFERÊNCIAS.....	258

INTRODUÇÃO

1. OBJETO DA PESQUISA

Na presente pesquisa, busca-se verificar, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e da experiência internacional, qual é o regime fiscal (tributário e financeiro, do ponto de vista da receita pública) sobre a mineração no Brasil. A partir disso, pretende-se propor sugestões para sua melhoria.

Há duas questões que se pretende responder com este trabalho:

- a) Qual é o regime fiscal (tributário e financeiro, do ponto de vista da receita pública) para a mineração no Brasil, definido pela CRFB/1988?
- b) É possível verificar na experiência estrangeira exemplos bem-sucedidos sobre a tributação da mineração? Se sim, em que medida eles podem ser aplicados ao ordenamento jurídico brasileiro?

A hipótese, para o item (a), é que parece haver um regime constitucional tributário e financeiro para a mineração no texto da CRFB/1988, quanto à obtenção de receitas públicas. Isso decorre do fato de a matéria ter sido positivada em diversas normas constitucionais direta e indiretamente relacionadas a esses recursos. Há evidências de que existe um mecanismo que articula e direciona as normas constitucionais relativas à mineração rumo à concretização dos fins constitucionais. Por exemplo, a regra do art. 20, § 1º, da CRFB/1988 conecta os *royalties* com um modelo de federalismo fiscal ou patrimonial, vide proposta de Scaff¹, bem como com um regime

¹ Scaff entende por federalismo fiscal a forma pela qual são financiados os entes subnacionais de uma federação. No caso da divisão das receitas não tributárias, como as dos *royalties*, o autor prefere a expressão federalismo patrimonial. Para ele, o que se consagra no Brasil com o nome de federalismo fiscal seria tecnicamente mais adequado chamar de financiamento dos entes subnacionais ou de federalismo financeiro. Cf. SCAFF, Fernando Facury. Reforma tributária, a cláusula pétrea do federalismo e o STF. *In Revista Consultor Jurídico de 16 de abril de 2019*. Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/contas-vista-reforma-tributaria-clausula-petrea-federalismo-stf> >>. Acesso em: 12.07.2022.

tributário que admite a incidência de ICMS sobre minerais e o IOF sobre o ouro, em certas condições.

Para o item (b), a hipótese é que haja exemplos bem-sucedidos sobre a tributação mineral na experiência internacional, sobretudo na América do Sul (Chile e Peru), na África (Botswana e África do Sul) e na Austrália (notadamente Western Australia e Queensland).

Os desafios atuais no Brasil, após os acidentes de Mariana e Brumadinho, com diversos projetos tramitando nas casas legislativas, demonstram que é preciso investigar melhor o regime tributário e financeiro da mineração no Brasil. A dependência dos recursos do minério ficou evidente com o pedido de tutela de urgência, consistente na obrigação da Samarco de repassar ao Município de Mariana, mensalmente, a importância de R\$ 1.394.308,39, quantia referente à média das contribuições da CFEM do ano de 2015, para utilização vinculada à prestação de serviços públicos de educação e saúde à população local, até que haja a retomada integral das atividades minerárias no local, vide Agravo de Instrumento nº 1.0400.16.003394- 2/001, TJMG, Relator Des. Afrânio Vilela². A mesma necessidade ocorreu em Brumadinho.

Em Mariana, conforme Onofre Batista *et al*³, dezenas de profissionais das mais diversas áreas do serviço público e um seleto grupo de advogados públicos federais e estaduais trabalharam arduamente e apresentaram uma proposta de solução para o grave e difícil caso em apenas 116 dias da data do desastre. Isso levou à criação, pelo Senado Federal, da “CPI de Brumadinho”. Como conclusão, apresentou-se o Projeto de Lei nº 3.914/2019, em 05 de julho, propondo a criação de Participação Especial de até 40%, a ser recolhida sobre a receita ajustada das mineradoras, nos casos de minas com grande volume de produção ou com grande rentabilidade.

Apesar de o Parecer da CPI assentar as premissas (i) “a carga tributária no Brasil é elevada e vem crescendo nas últimas décadas” – p. 301; e (ii) “A tributação da mineração no Brasil está, em linhas gerais, alinhada com o que se observa no resto do mundo” – p. 303, o Projeto de Lei propõe majorar a carga fiscal imposta ao setor ao fundamento de que o custo

² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0400.16.003394-2/001, Relator Des. Afrânio Vilela, Relator para o acórdão Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, DJe 21/09/2018.

³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves *et al*. *Saindo da Lama: a atuação interfederativa concertada como melhor alternativa para solução dos problemas decorrentes do desastre de Mariana*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 22.

ambiental da mineração deveria motivar majoração da carga fiscal. Afirmou-se no projeto: “a compensação pelo uso de um recurso esgotável de propriedade da União é ridiculamente baixa.” E prosseguiu, exemplificando: “de acordo com a Agência Nacional de Mineração (ANM), a arrecadação da CFEM referente à produção de ferro somou R\$ 2,1 bilhões em 2018, o que equivale a menos de um dólar por tonelada extraída”.

O fundamento implica que a CFEM seria (i) “compensação pelo uso de um recurso esgotável de propriedade da União”; e (ii) supostamente insuficiente. A justificção do Projeto de Lei nº 3.914/2019 afirma pretender “corrigir essa injustiça”, mediante a imposição da Participação Especial. Nesta pesquisa, pretende-se enfrentar este ponto e verificar se realmente a tributação mineral no Brasil é baixa ou insuficiente, como sugere o referido Projeto de Lei, bem como bem caracterizar o motivo constitucional da CFEM e verificar se ela deve ser cobrada principalmente em razão do pretenso “custo ambiental” da atividade mineradora.

O mesmo desastre levou à criação, pela Câmara dos Deputados, da “Comissão Externa destinada a fazer o acompanhamento e fiscalizar as barragens existentes no Brasil, em especial, acompanhar as investigações relacionadas ao rompimento em Brumadinho-MG”.

Da referida comissão, surgiram projetos visando a revogar a imunidade de ICMS nas exportações de minerais metálicos (PEC nº 90/2019 e PLP 126/2019) e majorar a CFEM em 0,5% para ferro e 0,3% para demais substâncias, sendo este adicional destinado a um fundo para ações emergenciais decorrentes de desastres minerais.

Tudo isso significa que o país reflete sobre um regime para a tributação mineral, com o que se pretende contribuir com esta pesquisa. Para tanto, o trabalho se encontra dividido em quatro capítulos.

No primeiro deles, abordar-se-á a tributação mineral no Brasil. Partindo do conceito de rendas minerais e avaliando a hipótese de que a maldição dos recursos naturais não é um destino obrigatório, será recomposta a história da tributação sobre a mineração no país até a definição do regime jurídico definido na CRFB/1988 para a matéria. Será explorada a ideia de que o texto constitucional criou um mecanismo de monetização de recursos naturais não renováveis e a forma como ele se articula em nosso federalismo fiscal.

O segundo capítulo trata sobre a tributação mineral na experiência estrangeira. Serão investigados exemplos na América do Sul (Chile e Peru), na África (Botswana e África do Sul) e na Austrália (notadamente Western Australia e Queensland). A escolha dos países se deu a partir dos seguintes elementos: (1) proeminência do setor mineral no país, (2) localização geográfica e (3) diversificação em termos de desenvolvimento econômico-social. O primeiro item é um filtro, de forma que apenas foram considerados países nos quais a economia mineral seja relevante. O segundo elemento permite coletar uma amostragem mais diversa, selecionando experiências em continentes diferentes. O terceiro aspecto, decorrente do segundo, permite verificar experiências de países que já se desenvolveram a partir da mineração e aqueles em que esse processo está em curso.

O terceiro capítulo enfrenta a tributação internacional da mineração. Pretende-se analisar as contribuições da OCDE para a harmonização dos regimes tributários dos países em um cenário de digitalização da economia e verificar, a partir de relatórios do *Intergovernmental Forum on Mining, Minerals, Metals and Sustainable Development* (IGF), como esse modelo pode ser compatibilizado com uma lógica fiscal de tributação na origem, mais condizente com a mineração. Serão verificados tópicos específicos da tributação internacional, como subcapitalização e preços de transferência.

O último capítulo consiste em sintetizar e ordenar as conclusões parciais apontadas ao longo do texto, bem como apresentar dez proposições para o aperfeiçoamento da tributação mineral brasileira.

2. ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS

O título do presente trabalho, ao referir à “tributação mineral”, não adota o conceito jurídico de tributo, extraído da CRFB/1988 e do art. 3º do CTN. Parte-se de uma expressão mais ampla, que designa a atividade de obter receitas pelo Estado, a despeito da natureza dessa receita. Em virtude do seu método comparativo, observa-se em muitos países e em muitos autores – como será visto ao longo do trabalho – a utilização das expressões “*mining taxation*” e “*mineral*

taxation” para se referir ao mesmo fenômeno sobre o qual se volta este trabalho: a obtenção de receitas públicas, de forma impositiva, da atividade mineradora.

Não se despreza a precisão conceitual do termo tributação, que é inclusive investigada minuciosamente ao se determinar a natureza jurídica da CFEM. Trata-se tão somente de alinhar o presente trabalho à nomenclatura internacionalmente mais adotada para pesquisas similares.

Como estratégia metodológica, realizou-se pesquisa teórica, procedendo ao necessário levantamento bibliográfico e à coleta de instrumentos normativos brasileiros e estrangeiros. Para os dados bibliográficos e normativos, aplicou-se a análise de conteúdo dos conceitos relativos ao tema.

Quanto à interferência de regras morais ou do direito natural na prática do direito, ou seja, na aplicação em concreto de normas jurídicas, optou-se pelo *direito positivo exclusivo*, ou seja, sem tais interferências. O fato de as normas jurídicas constitucionais terem seu conteúdo submetido a juízos previamente valorativos não significa abertura ao direito natural ou à interferência da moral.

Quanto ao procedimento, houve a conjugação entre os métodos histórico, por meio da apresentação da evolução das políticas fiscais voltadas a recursos naturais no Brasil e em países selecionados, bem como comparativo, a partir do confronto entre as práticas brasileiras e as diretrizes e práticas internacionais.

Não se fez aqui uma pesquisa de direito comparado, e sim uma comparação de experiências estrangeiras com a experiência brasileira⁴. O resultado da política fiscal implementada nos países escolhidos foi avaliado a partir de sua posição em índices de prosperidade econômica e social, tendo sido também avaliados os institutos utilizados na composição de instrumentos de tributação e atração de investimentos em mineração pelos países selecionados.

Comparar experiências, ainda que não textos jurídicos propriamente ditos, implica (i) observar e apontar semelhanças e diferenças; (ii) além de realizar escolhas, que variam conforme

⁴ SCHLESINGER, Rudolf Berthold. The Past and Future of Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, 1995, p. 477.

o objetivo do trabalho e o interesse científico subjacente⁵, notadamente quanto ao que seja relevante em termos de países selecionados e aspectos da sua tributação mineral.

Para a comparação, utilizou-se preponderantemente o método funcionalista, pelo qual diversas experiências jurídicas oferecem respostas mais ou menos semelhantes a problemas jurídicos idênticos ou muito similares⁶. No presente caso, o problema é geral e ocorre em todos os países mineradores: como melhor capturar as rendas minerais, a partir de instrumentos de imposição fiscal, para gerar desenvolvimento e diversificação econômica. No caso, não se pode desprezar a existência, no Brasil, de um possível regime jurídico para tanto determinado pela CRFB/1988, que configura problema específico deste trabalho.

Adotou-se como marco teórico a obra de Onofre Batista: *O outro Leviatã e corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015, tendo em vista que o problema central da pesquisa, referido como geral entre os países mineradores, tem por pano de fundo o tênue equilíbrio entre ser capaz de atrair investimentos e capturar adequadamente as rendas minerais, devolvendo-as à sociedade, titular dos recursos não renováveis.

3. REFLEXÕES CONCEITUAIS INTRODUTÓRIAS

Para Bauman⁷, na “modernidade sólida” havia uma velada acomodação dos conflitos entre o capital e o trabalho. Se os trabalhadores precisavam do emprego para sobreviver, o capital dependia desses mesmos empregos para prosperar. Isso ocorria com certa rigidez locacional, dado que não havia grande mobilidade para empregos ou mesmo para o capital.

⁵ HUSA, Jaakko. Research Designs of Comparative Law – Methodology or Heuristics? In ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Ed.). *The Method and Culture of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 54.

⁶ VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Ed.). *The Method and Culture of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 33.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 166.

Conforme Onofre Batista⁸, a “modernidade sólida” precisava que os empregados imobilizassem suas equipes, fazendo-os tão dependentes de seus empregos como a fábrica dependia da mão de obra⁹.

Ocorre que “a modernidade sólida” cede lugar a passos largos para a “modernidade líquida”, caracterizada pela leveza do capital, que se move rapidamente para qualquer espaço, libertando-se das amarras que o ligavam ao trabalho¹⁰. Disso surge o contexto atual, em que os Estados nacionais lutam por manter suas bases tributárias, competindo em uma guerra fiscal pela atração de investimentos¹¹.

Tarcísio Magalhães¹² aponta que a era da “modernidade líquida” representa uma ruptura com o “princípio da territorialidade” (*source taxation*). Conforme o autor¹³, em um verdadeiro “tribute-me se for capaz” (vide o relatório¹⁴ *Tax Us If You Can*), a mobilidade do capital trouxe consigo a mobilidade (ou levou à fuga) de tributos.

Para Onofre Batista¹⁵, a solução para a guerra fiscal que se implementou com a “modernidade líquida” depende de “uma ação coordenada dos Estados nacionais”. Não há consenso sobre como se deve tributar a economia globalizada em que o capital voa, muito menos a economia digital. Reuven S. Avi-Yaonah¹⁶ entende que a solução está na coordenação de regimes por meio de organizações como a OCDE: “The key to finding a solution to the tax

⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 131.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 32.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 34.

¹¹ “os poucos entre eles que são lentos, míopes ou orgulhosos demais para entrar na competição enfrentarão sérios problemas por não terem o que dizer a seus eleitores que ‘votam com suas carteiras’, ou então serão prontamente condenados e relegados ao ostracismo pelo afinado coro da ‘opinião mundial’, para serem depois varridos (ou ameaçados de serem varridos) por bombas capazes de restaurar seu bom senso, trazendo-os (de volta) ao redil.” BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 220.

¹² MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Governança Tributária Global: limitações externas ao poder de tributar (e de não tributar) na pós-modernidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 36.

¹³ MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Governança Tributária Global ...*, cit., p. 38.

¹⁴ Cf. TJN. *Tax us if you can*. 2ª ed. TJN, 2012.

¹⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 308.

¹⁶ AVI-YAONAH, Reuven S. Globalization and tax competition: implications for developing countries. *Cepal Review*, Washington, D.C.; Cambridge, n. 74, p. 64.

competition problem is to attack it on a broad multilateral basis, through an organization such as OECD.”

Entre as mais importantes iniciativas da OCDE está o Plano BEPS¹⁷, que possui ao menos três pontos que impactam diretamente a tributação do setor mineral, que será investigada neste trabalho: a Ação nº 4, relativa aos limites de dedutibilidade de juros pagos a vinculadas no exterior e as Ações nº 8 a 10, que tratam das regras de preços de transferência.

A Ação nº 4 foca na prevenção dos seguintes cenários de erosão da base tributária e transferência de lucros: alocação de dívidas nas entidades situadas em países com alta carga tributária; utilização de financiamento intragrupo para gerar dedução de juros excessivos quando comparados ao nível de endividamento real do grupo com terceiros; e utilização de financiamento de terceiros ou intragrupo no intuito de financiar a geração de receitas isentas ou diferidas. Para tanto, a abordagem recomendada pela OCDE é baseada em uma regra de proporção fixa que limita a dedução de despesas líquidas de juros (e gastos equivalentes a juros) a um percentual do Ebitda¹⁸ (*earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation*).

No estudo *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*¹⁹, elaborado pelo IGF em parceria com a OCDE, na esteira do Plano BEPS, concluiu-se que o financiamento de projetos de mineração é comumente feito por instrumentos de dívida, sendo que a maior dos países em desenvolvimento não consegue impedir a transferência de lucros ao exterior via pagamento de juros por endividamento excessivo.

As práticas sugeridas pelo IGF e pela OCDE, quanto à limitação da dedutibilidade de juros, propõem a adoção de um “pacote” de medidas especialmente pelos países em

¹⁷ A integração entre os mercados e a economia das nações permite a utilização, pelos contribuintes, de lacunas no sistema tributário de diversos países, com o intuito de obter economia fiscal.

Nesse contexto é que o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) foi iniciado, em 2013, pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Foram levantadas quinze ações, já objeto de relatórios finais e que se estruturam em três pilares: (i) introdução de coerência nas regras nacionais que afetam atividades transfronteiriças; (ii) reforço de requisitos essenciais nas normas internacionais existentes; e (iii) melhora da transparência e da segurança jurídica.

¹⁸ Lucro antes de juros, tributos, depreciação e amortização.

¹⁹ IGF; OCDE. *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*. 2018. Disponível em: <<<https://www.oecd.org/tax/beps/limiting-excessive-interest-deductions-discussion-draft.pdf> >>. Acesso em: 05.07.2022.

desenvolvimento, com o objetivo de fornecer aos investidores segurança jurídica, aliada à preservação de bases tributáveis.

As especificidades da exploração econômica de recursos naturais não renováveis (alto risco, investimentos vultosos e de longo prazo, necessidade de segurança jurídica quanto ao modelo que vigorará na fase de extração etc.) vêm chamando a atenção da OCDE e de diversos organismos internacionais no sentido de estabelecer diretrizes de política fiscal que harmonizem as orientações gerais do Plano BEPS para a mineração. Destacam-se os seguintes documentos:

- a) *The Taxation of Petroleum and Minerals: principles, problems and practice*, editado pelo FMI – Fundo Monetário Internacional²⁰.
- b) *Handbook on Extractive Industries Taxation*, editado pela ONU – Organização das Nações Unidas²¹.
- c) *Minerals Taxation Regimes: a review of issues and challenges in their design and application*, editado pelo ICMM – Conselho Internacional em Mineração e Metais²².
- d) *Mining Royalties: A Global Study of Their Impact on Investors, Government, and Civil Society*, editado pelo Banco Mundial²³.
- e) *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*²⁴ e *The Hidden Cost of Tax Incentives in Mining*²⁵, editados pelo IGF – Fórum Intergovernamental em Mineração, Minerais, Metais e Desenvolvimento

²⁰ Cf. << <https://www.imf.org/en/Publications/Books/Issues/2016/12/31/The-Taxation-of-Petroleum-and-Minerals-Principles-Problems-and-Practice-23803> >>. Acesso em: 05.07.2022.

²¹ ONU. *Handbook on Extractive Industries Taxation*. Disponível em: << http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/Extractives-Handbook_2017.pdf >>. Acesso em: 05.07.2022.

²² ICMM. *Minerals Taxation Regimes: a review of issues and challenges in their design and application*. Disponível em << <https://www.icmm.com/en-gb/publications/society-and-the-economy/minerals-taxation-regimes-a-review-of-issues-and-challenges-in-their-design-and-application> >>. Acesso em: 05.07.2022.

²³ WB. *Mining Royalties: A Global Study of Their Impact on Investors, Government, and Civil Society*. Disponível << <http://documents.worldbank.org/curated/pt/103171468161636902/pdf/372580Mining0r101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf> >>. Acesso em: 05.07.2022.

²⁴ *Op. Cit.* << <https://www.oecd.org/tax/beps/limiting-excessive-interest-deductions-discussion-draft.pdf> >>. Acesso em: 05.07.2022.

²⁵ IGF; OCDE. *The Hidden Cost of Tax Incentives in Mining*. Disponível em << https://www.igfmining.org/wp-content/uploads/2018/06/The-Hidden-Cost-of-Tax-Incentives-in-Mining_Consultation-Draft-1.pdf >>. Acesso em: 05.07.2022.

Sustentável, em parceria com a OCDE, no escopo de um estudo mais amplo, que visa a interpretar os relatórios finais do BEPS para a mineração.

- f) *Transfer Pricing in Mining with a Focus on Africa*, editado pelo Banco Mundial²⁶.

Philip Daniel *et al*, no estudo *The Taxation of Petroleum and Minerals*²⁷, patrocinado pelo FMI, demonstram a existência de diversos instrumentos fiscais à disposição das nações no que se refere aos recursos naturais não renováveis, bem como seus respectivos efeitos, entre os quais vale mencionar: *royalties*, cuja adoção afetaria intensamente a decisão de alocar investimento no país; *rent taxes*, entendido como um tributo incidente estritamente sobre o aproveitamento econômico obtido com a exploração do recurso natural, cujo efeito é estimular a iniciativa privada a investir em pesquisa e desenvolvimento de jazidas; *sector-specific profit taxes*, que é um imposto de renda específico para a atividade de exploração de recursos naturais não renováveis, cujo efeito é tido como neutro ou opaco. Há ainda *production sharing*, *equity participation*, e especificidades a considerar na formulação de tributos tradicionais, como imposto de renda (*income tax*). Esses instrumentos serão analisados no capítulo sobre a comparação das experiências estrangeiras.

Conforme Fernando Scaff, ao tratar de política fiscal quanto às receitas, sob a ótica privada, não é relevante diferenciá-las em tributárias e não tributárias, tendo em vista que o impacto fiscal no investimento privado é o mesmo: “Assim, essa receita pública (*royalties*) deve ser analisada, sob a ótica privada, ao lado da carga fiscal de cada país, considerada globalmente.”²⁸

²⁶ BANCO MUNDIAL. *Transfer Pricing in Mining with a Focus on Africa*. Disponível em << <http://documents.worldbank.org/curated/en/801771485941579048/pdf/112346-REVISED-Dated-Transfer-pricing-in-mining-with-a-focus-on-Africa-a-reference-guide-for-practitioners-Web.pdf> >>. Acesso em: 05.07.2022.

²⁷ DANIEL, Philip; KEEN, Michael; McPherson, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 27-49.

²⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Minério e Energia*. RT: São Paulo, 2014, p. 164.

Alexandra Redhead²⁹ investiga se as propostas da OCDE para tributar a economia digital, evitando a transferência de lucros para o exterior, mediante a tributação no país de destino ou de consumo do bem/serviço, poderia se aplicar ao setor de recursos naturais não renováveis. A conclusão é inequívoca no sentido de que nenhuma das propostas examina as opções de tributação das indústrias extrativas. O programa de trabalho da OCDE sobre a reforma tributária digital sugere que as *commodities* provavelmente serão deixadas de fora dos desenvolvimentos futuros, porque a tributação na fonte é considerada o modelo de tributação mais adequado para os recursos naturais, que são específicos de cada local. O desafio é que a tributação dos recursos naturais com base no critério de fonte é vulnerável à transferência de lucros ao exterior³⁰.

Se a tributação da renda gera possíveis planejamentos internacionais para transferências de lucros ao exterior, a sua combinação com um *royalty* (*source-based taxation*) pode representar um mecanismo a ser explorado para garantir que a renda dos recursos naturais não renováveis gere justiça fiscal.

Por outro lado, sob a ótica da segurança jurídica, é preciso investigar o modelo adotado por alguns países consistente em Acordos de Estabilidade Fiscal (*Tax Stability Agreements*), em que se fixa um regime fiscal de longo prazo para determinado minerador³¹.

A razão de ser da busca internacional (cooperada) pelo melhor *design* fiscal sobre recursos naturais não renováveis se dá em razão da “maldição dos recursos naturais”, expressão cunhada por Auty, que expõe o problema como uma tendência, especialmente da mineração, de

²⁹ *neither proposal examines the options for taxing the extractive industries – mining, oil and gas. The OECD’s programme of work on digital tax reform suggests that commodities are likely to be left out of future developments. [...] That is because source-based taxation is considered the most appropriate model of taxation for natural resources, which are location-specific. The intuition is right: resource-rich countries should get the lion’s share of the fiscal benefits from resource extraction. The challenge is that source-based taxation of natural resources is also vulnerable to profit shifting.* REDHEAD, Alexandra. How global tax reforms apply to the extractive industries. *International Tax Review*. Disponível em: << <https://www.internationaltaxreview.com/Article/3877917/Latest-News/The-application-of-global-tax-reforms-to-the-extractive-industries.html> >>. Acesso em: 05.07.2022.

³⁰ REDHEAD, Alexandra. How global tax reforms apply to the extractive industries. *International Tax Review*. Disponível em << <https://www.internationaltaxreview.com/Article/3877917/Latest-News/The-application-of-global-tax-reforms-to-the-extractive-industries.html> >>. Acesso em 05.07.2022.

³¹ PWC. *Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes*. 2012. <<< <https://www.pwc.com/gx/en/energy-utilities-mining/publications/pdf/pwc-gx-mining-taxes-and-royalties.pdf> >>>. Acesso em 05.07.2022.

se configurar um enclave ao não estabelecer o devido encadeamento com outros setores produtivos³².

Nesse sentido, Thomas Pogge³³ alerta para a apropriação da riqueza do nosso planeta ser muito desigual, na medida em que “ricos utilizam uma quantidade muito maior dos recursos mundiais, e isso é feito de modo unilateral, sem outorgar nenhum tipo de compensação aos pobres globais por essa desproporção no consumo.” Para Stiglitz³⁴, haveria um círculo vicioso entre recursos naturais, falta de democracia e pouco controle ou falta de transparência.

Pogge, discípulo de John Rawls e influenciado por sua visão institucional da justiça³⁵, propõe um tributo sobre a extração de recursos naturais denominado Dividendo dos Recursos Globais³⁶. Conforme Ludmila de Oliveira³⁷, Pogge alicerça a sua proposta de tributação global com base no dever negativo.

Há países e regiões com experiências bem-sucedidas em relação a recursos naturais não renováveis na geração de desenvolvimento e de justiça fiscal. Atsushi Iimi³⁸, no estudo produzido para o FMI *Did Botswana Escape from the Resource Curse?*, analisando dados de 89 países, conclui que boa governança é o fator determinante para que a riqueza em recursos naturais não renováveis leve o país à prosperidade econômica. Afirma que Botswana, por exemplo, tem se beneficiado da coexistência de boa governança e diamantes abundantes para concretizar a prosperidade nacional.

Por isso, não parece correto afirmar que os recursos naturais não renováveis seriam uma maldição ou um destino obrigatório. É preciso investigar a experiência estrangeira para

³² AUTY, Richard M. *Sustaining development in mineral economies: the resource curse thesis*. London: Routledge, 1993, p. 3.

³³ POGGE, Thomas. *Hacer justicia a la Humanidad*. Trad. David Álvares Garcia. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 144.

³⁴ STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 236.

³⁵ “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é do sistema de pensamento.” RAWLS, John. *A theory of justice*. 2ª ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p.3.

³⁶ POGGE, Thomas. *Uma proposta de reforma: um dividendo global de recursos*. Lua Nova. 1994, n.34, pp.135-161.

³⁷ OLIVEIRA, Ludmila Monteiro de. *Direito Tributário Globalização e Competição: por que só harmonizar não basta*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 93.

³⁸ IIMI, Atsushi. *Did Botswana Escape from the Resource Curse? IMF Working Paper*. International Monetary Fund, 2006, p. 24.

encontrar soluções, tal como se pretende na presente pesquisa, sem perder de vista as particularidades da CRFB/1988 e o regime jurídico por ela definido para os referidos recursos.

No texto da CRFB/1988 há diversas normas jurídicas relativas à mineração: quanto ao patrimônio estatal, à obtenção de receitas públicas tributárias e não tributárias, ao federalismo fiscal, à repartição das receitas entre os entes federativos, à ordem econômica e à segurança jurídica. Por exemplo:

- a) Art. 20: dispõe serem bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (inciso V); os recursos minerais, inclusive os do subsolo (inciso IX); sendo assegurada, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração ou compensação financeira pela exploração de petróleo, gás natural e outros recursos minerais (§ 1º).
- b) Art. 21, XXIII: dispõe competir à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados.
- c) Art. 22, XII e XXVI: dispõem competir privativamente à União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais, metalurgia e atividades nucleares de qualquer natureza.
- d) Art. 23, XI: dispõe ser competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.
- e) Art. 155, § 2º, X, b: dispõe que o ICMS não incide sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

- f) Art. 155, § 3º: dispõe que, além de ICMS, I.E. e I.I., nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.
- g) Art. 176: dispõe que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Somando-se a isso os objetivos constitucionais, inclusive os de mapeamento e exploração dos recursos naturais não renováveis – incentivando o risco pelo capital privado – e de tributação desses recursos para que sejam devolvidos ao povo brasileiro na forma de direitos fundamentais, deve-se buscar uma saída para a arrecadação que cumpra a Constituição.

Ndapwilapo Selma Shimutwikeni³⁹ aponta que países em desenvolvimento estão em uma corrida para atrair investimentos para suas indústrias extrativas. Daí que um regime fiscal equilibrado, que possa atrair investimentos e ao mesmo tempo garantir a arrecadação estatal é o desafio que se implementa.

Não se ignora que, em mineração, há um fator relevante denominado rigidez locacional. Isso significa que nem sempre o minerador pode escolher onde exercer sua atividade porque a jazida deverá ser lavrada onde se encontrar, conforme a loteria geológica. Mas isso não nega que a guerra fiscal internacional seja vista também na mineração, na medida em que, se não é possível transportar uma mina de um país para outro, é sim possível abandoná-la ou sequer investir em certo local, em um contexto de condições tributárias onerosas, criando passivos ambientais e/ou migrando investimentos para projetos de mineração em países mais atrativos.

Deve-se ter em conta o custo de oportunidade na mineração. Por exemplo, busca-se atualmente, em todo o mundo, novas jazidas de cobre, níquel e lítio por se tratar de minerais estratégicos para a transição energética rumo a uma economia mais sustentável. Mas, caso surjam novas tecnologias e com novos insumos, esses projetos perderão relevância. Por isso, não se pode

³⁹ SHIMUTWIKENI, Ndapwilapo Selma. What is a Competitive Fiscal Regime for Foreign Investment? With Special Reference to Namibia and Botswana. *CEPMLP Annual Review (CAR)*. Dundee: 2011.

ignorar a necessidade de ter um regime fiscal atrativo, que leve em conta a necessidade de aproveitar estes minerais no momento que eles podem levar à obtenção de maiores receitas públicas.

1. TRIBUTAÇÃO MINERAL NO BRASIL

1.1. RENDAS MINERAIS

Conforme David Ricardo⁴⁰, “os metais, assim como os outros bens, *são obtidos pelo trabalho*. A natureza, de fato, os produz, mas é o trabalho humano que os extrai das entranhas da terra e os prepara para a nossa utilização”. As minas, como a terra, *geram normalmente uma renda a seus proprietários*, e essa renda, como a da terra, é o efeito e não a causa do elevado valor de seus produtos.

Originalmente associada à terra, renda ricardiana⁴¹ é o resultado positivo gerado pelo aproveitamento econômico de um fator escasso, natural ou artificial. Assim como o lucro, a renda ricardiana é um ganho excedente sobre os custos necessários para aproveitar economicamente um recurso natural. Ao contrário do lucro, no entanto, ele continuaria a existir em um estado hipotético de equilíbrio enquanto o recurso permanecesse escasso⁴².

No século XVIII, os fisiocratas deram à terra um status especial na economia. Para eles, toda riqueza veio da terra. Adam Smith⁴³ não se aliou inteiramente aos fisiocratas nesse ponto e viu a indústria também como uma fonte de riqueza⁴⁴. Mas a terra manteve um status especial nos escritos de muitos economistas clássicos, incluindo David Ricardo. Ele estava preocupado, entre outras coisas, em explicar os ganhos que se acumulam para diferentes grupos da sociedade e em compreender o impacto da apropriação da terra sobre as commodities.

⁴⁰ RICARDO, David. *On the principles of political economy and taxation*, 3rd ed. London: John Murray, 1821.

⁴¹ RICARDO, David. *On the principles of political economy and taxation*, 3rd ed. London: John Murray, 1821.

⁴² SAUTET F. Ricardian Rents. In: AUGIER M., TEECE D.J. (eds) *The Palgrave Encyclopedia of Strategic Management*. London: Palgrave Macmillan, 2018.

⁴³ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁴⁴ TEECE, D.J., and COLEMAN, M. The meaning of monopoly: Antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin* 43, 1998, p. 801–857.

No seu clássico livro sobre princípios de economia política e tributação, Ricardo afirma que a mesma regra geral que regula o valor dos produtos agrícolas e das mercadorias manufaturadas é aplicável também aos metais: “seu valor não depende nem da taxa de lucro, nem da taxa de salários ou da renda paga nas minas, mas da quantidade de trabalho necessária para obtê-los e colocá-los no mercado.”⁴⁵

A ideia de renda mineral surge dessa percepção, de Ricardo, sobre o trabalho empregado para comercializar um recurso exaurível, associado aos fatores determinantes do seu preço. Como visto, o autor diferencia renda mineral de lucro, em uma crítica feita a Adam Smith. Para Kurz e Salvadori⁴⁶, Ricardo desenvolve uma análise de recursos esgotáveis no contexto de uma discussão sobre a diferença entre aluguel e lucros. A premissa é que o esgotamento de todo e qualquer depósito de um recurso exaurível não afetará os preços de todas as mercadorias produzidas a partir dele ao longo do tempo. Trata-se da distinção entre aluguel e lucros diferenciados, onde o que Ricardo chama de lucros compreende o que se chama atualmente de *royalties*, ou seja, a parte da renda mineral destinada ao proprietário do recurso explorado, normalmente os Estados nacionais.

Em relatório elaborado para o Banco Mundial, Keith Jefferis⁴⁷ afirma, a partir da concepção ricardiana, que o valor econômico de um recurso mineral é medido pela renda do recurso, qual seja, o retorno econômico obtido com a venda de um mineral além dos seus custos de extração. Logicamente, se os preços dos produtos minerais podem variar, a renda mineral também está sujeita à mesma variação. O autor apresenta a seguinte fórmula para o seu cálculo:

$$\begin{aligned}
 &\textbf{Renda da venda de recursos} = \textbf{valor da produção} \\
 &(-) \text{ consumo intermediário} \\
 &= \textbf{a valor agregado bruto} \\
 &(-) \text{ remuneração dos funcionários} \\
 &(-) \text{ tributos líquidos sobre a produção} \\
 &= \textbf{lucro operacional bruto (GOS)} \\
 &(-) \text{ consumo de capital fixo} \\
 &= \textbf{lucro operacional líquido}
 \end{aligned}$$

⁴⁵ RICARDO, David. *On the principles of political economy and taxation*, 3rd ed. London: John Murray, 1821.

⁴⁶ KURZ, Heinz D. SALVADORI, Neri. Ricardo on Exhaustible Resources, and the Hotelling Rule. In *A History of Economic Theory*. London: Routledge, 2009.

⁴⁷ JEFFERIS, Keith. *Public Finance and Mineral Revenues in Botswana*. Technical Report: Republic of Botswana and World Bank Group, 2016, p. 5.

(-) retorno normal sobre o capital
 = **renda mineral líquida**

É preciso refletir sobre o conceito “retorno normal sobre o capital”. Afinal, quem poderá determinar o que é um lucro “normal”? É certo que uma avaliação da série histórica de determinada *commodity*, em um mesmo país ou região, permite identificar momentos de maior lucratividade, dada a alta de preços (superciclos de *commodities*). Outras comparações podem não ser tão adequadas. Por exemplo, não se deve comparar o lucro mineral com o lucro obtido em investimentos em títulos públicos de renda fixa. Evidentemente, o risco, para o investidor, se não é nulo na segunda hipótese (*default* estatal) é necessariamente inferior ao de uma atividade produtiva de alto risco como a mineração. Maiores riscos levam à possibilidade de maiores lucros, pois configuram justamente o incentivo econômico necessário à decisão por investir em certo projeto de mineração.

Portanto, a expressão “retorno normal sobre o capital” pode não ser a melhor para descrever o assunto. Seria mais adequado falar em retorno necessário à atração e manutenção de investimentos, deixando para o mercado a decisão sobre o que é ou não necessário a tanto.

Em termos de política tributária, isso é particularmente relevante, do ponto de vista da avaliação de qual deve ser a carga tributária imposta ao setor mineral, de forma a capturar a parcela da renda mineral que corresponde ao titular do recurso (Estado), sem impedir que a mineradora também se aproprie da parcela da renda necessária a cobrir os custos de produção e a auferir lucros suficientemente interessantes para decidir investir no projeto.

Allison Christians e Tarcísio Magalhães⁴⁸, em recente estudo cujo enfoque é o enfrentamento das mudanças climáticas, concluem que a tributação é a ferramenta apropriada pela qual os governos podem recuperar o valor extraído por meio de rendas. Afirmam, em particular, dada a estrutura existente de impostos de renda, que uma sobretaxa na forma de um “imposto sobre lucros excedentes sustentável” seria teoricamente válida e potencialmente viável.

⁴⁸ CHRISTIANS, Allison. MAGALHÃES, Tarcísio. *The Case for a Sustainable Excess Profits Tax*. 2021. Disponível em << <https://ssrn.com/abstract=3811709> >> ou << <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3811709> >>. Acesso em 05.07.2022.

Vale dizer que, especificamente na mineração, essa função também poderia ser cumprida por meio de *royalties*, como a CFEM. O Projeto de Lei nº 3.914/2019 propõe a criação de Participação Especial a ser recolhida sobre até 40% da receita líquida das mineradoras, nos casos de minas com grande volume de produção ou com grande rentabilidade, a exemplo da figura existente no setor de óleo e gás, criada pela Lei nº 9.478/1997. A ideia é que, ao lado da CFEM, exista mais uma exação fiscal imposta em razão do exercício da lavra mineral.

A constitucionalidade dessa proposta é duvidosa, na medida em que a Constituição não autoriza a criação de múltiplos *royalties* sobre a mineração, e sim de uma participação no resultado ou uma compensação financeira. Caso seja de fato pertinente um adicional para capturar rendas minerais extraordinárias, seria mais adequado criar escalonamentos de alíquotas, denotando maior progressividade à CFEM, em vez de estabelecer várias exações fiscais sobre um mesmo fato (exploração econômica mineral), a causar complexidade e insegurança jurídica.

Fica claro que não há fórmulas prontas. Cada contexto, nacional, regional ou local, impõe desafios próprios para a captura da renda mineral por governos. Por isso é tão relevante a análise empírica do tema, por meio do estudo das experiências estrangeiras.

Dado que um país ou local minerador pode se tornar altamente especializado nessa atividade, a enfrentar dificuldades em termos de diversificação econômica, é relevante, do ponto de vista da renda ricardiana, avaliar uma política tributária anticíclica, que permita auferir maiores receitas públicas quando os preços são maiores, sem que haja gastos públicos igualmente altos.

Mas não há nada trivial na implementação de instrumentos fiscais com objetivos anticíclicos. Como demonstra Ricardo Ffrench-Davis⁴⁹, analisando a experiência chilena, durante *booms* dos preços de *commodities*, a lógica seria cortar gastos públicos e privados, gerando poupança pública e privada para investimentos em períodos de menores preços. Mas, ainda que a redução nas despesas públicas possa ocorrer, é improvável que o mesmo se dê com os investimentos privados, que tendem a prosseguir em razão da maior entrada de capitais. Um aumento de tributos, por outro lado, pode afetar diretamente os agentes com uma maior propensão para gastar e seus efeitos atingem diferentes setores da economia. Já durante uma

⁴⁹ FFRENCH-DAVIS, Ricardo. The structural fiscal balance policy in Chile: toward a counter-cyclical macroeconomics. In *Journal of Globalization and Development*, No 1. Berkeley Electronic Press: January 2010.

desaceleração econômica, a redução de tributos pode ser ineficaz sob uma depressão no ambiente macroeconômico e um setor privado relutante em consumir e investir.

Nesse contexto e ainda sobre a experiência chilena, a oscilação dos preços do cobre – principal mineral aproveitado no país – levou à criação do Fundo de Compensação do Cobre (FCC), entre 1987 e 2006, quando foi substituído pelo Fundo de Estabilização Econômica e Social (FEES). O FCC foi um instrumento para lidar com as flutuações econômicas e mudanças nos preços do cobre, proporcionando maior estabilidade econômica, mantendo planos de gastos em linha com previsões. Em particular, o objetivo do fundo era economizar recursos quando o preço do cobre em um determinado ano ultrapassasse o preço médio de longo prazo, usando essa economia quando o preço caísse abaixo da referência⁵⁰.

O FEES segue cumprindo a mesma função de contrapor déficits fiscais quando as rendas minerais decorrentes do aproveitamento do cobre caem inesperadamente. Ele permite que o governo financie déficits orçamentários, protegendo os gastos fiscais contra flutuações tanto nas receitas tributárias, nos preços do cobre e outras fontes. Por exemplo, no caso de uma desaceleração que afete as receitas públicas, o orçamento poderia ser financiado em parte pelo FEES, sem a necessidade de contrair dívidas, como ocorreu durante a crise de 2008.

Como hipótese – que não é objeto deste estudo –, a poupança gerada pela maior arrecadação pública nos períodos de bonança favorece que haja recursos suficientes para investir em diversificação econômica nos períodos de menores receitas, fazendo com que a loteria geológica seja um fator de desenvolvimento e prosperidade, em vez de uma “maldição”.

1.2. A MALDIÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS NÃO É UM DESTINO OBRIGATÓRIO

Richard Auty⁵¹ cunhou a expressão “maldição dos recursos naturais” para designar o fenômeno pelo qual um país ou região, apesar de rico em recursos naturais não renováveis, não

⁵⁰ KHAMA, Sheila. *Chile's Fiscal Policy Implementation and Mining Revenue: a case study*. African Natural Resources Center/African Development Bank, 2016, p. 15.

⁵¹ AUTY, Richard M. *Sustaining development in mineral economies: the resource curse thesis*. London: Routledge, 1993, p. 3.

consegue obter crescimento econômico relevante mediante seu aproveitamento. Ao contrário, verifica-se por vezes uma retração econômica.

Para explicar isso, Auty desenvolve a tese de que a baixa performance, especificamente da mineração, decorreria da desproporção entre capital e trabalho – tendo em vista que a atividade empregaria pouco –, fraco encadeamento com outros setores produtivos, bem como remessa de rendas minerais ao exterior. Afirma que a produção mineral é altamente intensiva em capital e emprega uma fração muito pequena do total da força de trabalho nacional, com grandes entradas de capital de fontes estrangeiras. Consequentemente, o setor de mineração apresentaria tendências da ocorrência de um enclave, ou seja, modestos encadeamentos de produções locais (poucas fábricas seriam estabelecidas para fornecer insumos ou para outra transformação do minério antes da exportação).

Ademais, afirma que grande parte das receitas de exportação escoam imediatamente para o exterior, para atender o investimento de capital estrangeiro, o que não representaria uma adequada distribuição das rendas minerais. Auty também enaltece os efeitos da “doença holandesa” na mineração, quando as receitas dos recursos minerais desestabilizam a economia, por força da sobrevalorização cambial causada pelo volume de exportações, o que prejudicaria a indústria nacional. A partir disso, conclui que “longe de melhorar o desempenho da economia, a expansão mineral pode ser particularmente danosa”⁵².

A tese de Auty poderia parecer desanimadora para um país como o Brasil, sendo este o cenário apresentado por Fernanda Alen⁵³, em relevantes demonstrações da existência da “maldição” em nosso país, quais sejam: (1) “a exploração dos recursos minerais constitui-se como enclave na economia, direcionando a maior parte de sua extração ao mercado externo e propiciando poucos elos produtivos em outros setores econômicos.”; (2) “Além de empregar pouca mão de obra formal, a composição daquilo que oferece é de baixa intensidade tecnológica, exigindo pouca qualificação dos empregados.”; (3) “desindustrialização brasileira e a dependência do país em relação ao modelo exportador de bens primários”.

⁵² AUTY, Richard M. *Sustaining development in mineral economies: the resource curse thesis*. London: Routledge, 1993.

⁵³ ALEN, Fernanda. *Recursos Minerais: Como romper com essa maldição?* Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 17.

Há uma série de elementos que sustentam suas premissas e que devem ser verificados em concreto.

- a) *Seria o setor mineral, no Brasil, desencadeado das demais cadeias produtivas e industriais?*

A resposta parece ser negativa. O Brasil é um dos países com maior potencial em recursos minerais do planeta, com ao menos 55 tipos de minerais explorados⁵⁴. Dados da Agência Nacional de Mineração (ANM) apontam que o país é rico em dezenas de substâncias⁵⁵:

Tabela 1 - Substâncias minerais aproveitadas economicamente no Brasil

Substância	Reserva (10 ⁸ t)	Participação Mundial (%)
Alumínio (Bauxita) ¹	2.600.000	9,3
Barita ²	81.570	23,6
Carvão Mineral ¹	3.799.000	0,4
Chumbo ²	74	0,1
Cobalto ²	70	1,0
Cobre ²	11.212	1,6
Cromo ²	2.451	0,5
Estanho ²	382,7	8,8
Ferro ¹	28.603.000	16,8
Fosfato ⁴	315.000	0,5
Grafita Natural ¹	72.000	28,8
Lítio ²	54	0,4
Magnesita ¹	391.000	4,6
Manganês ⁴	136.492	19,3
Metais Gr. Platina ²	n.d.	n.d.
Nióbio ²	16.166	98,8
Níquel ²	15.991	18,9
Ouro ²	2,4	4,2
Potássio ⁴	1.400	0,0
Prata ²	3,8	0,7
Talco e Pirofilita ¹	45.163	n.d.
Tântalo ²	33,7	32,8
Terras Raras ²	21.000	17,5
Titânio ⁵	6.181	0,8
Tungstênio ²	28	0,9
Vanádio ²	119	0,6
Vermiculita ¹	7.000	14,9
Zinco ²	2.464	1,1
Zircônio ¹	2.319	3,1

Fonte: Sumário Mineral Brasileiro (ANM, 2017)

Fonte: ANM (2017)

⁵⁴ Cf. << <https://simineral.org.br/mineracao/mineracao-para> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁵⁵ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM. << https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/sumario-mineral/sumariomineral_2017 >>. Acesso em 05.07.2022.

A partir das referidas substâncias, a indústria nacional se estrutura e se desenvolve. Conforme a ANM⁵⁶, a indústria siderúrgica brasileira é composta por 14 empresas privadas (controladas por 11 grupos empresariais) que operam 29 usinas distribuídas por 10 estados. A produção brasileira de aço bruto, em 2017, totalizou 34,4 Mt (+9,9% em comparação com o ano anterior). Relevante notar, ainda, que o setor contou, em 2017, com um total de 97.984 empregados (efetivo próprio - 61.549, terceirizados - 36.435), além de uma enorme teia de prestadores de serviços e de aluguel de máquinas e equipamentos.

A siderurgia brasileira demanda, além do minério de ferro nacional, uma série de outros minerais produzidos no Brasil, tais como material refratário (industrializado a partir de argila), calcário, grafita, nióbio, alumínio, dentre outros. A produção siderúrgica, além de exportada, é consumida em território nacional, encadeando-se, por exemplo, com a (i) a construção civil, (ii) com o setor automotivo e de autopeças, (iii) e com o setor de óleo e gás.

O parque siderúrgico brasileiro é responsável pelo 9º maior volume mundial na produção de aço, superando Austrália, por exemplo⁵⁷.

Por outro lado, o agronegócio, que passou uma revolução no século XX no Brasil⁵⁸ para que fosse viável produzir no cerrado e no semiárido – impulsionando exponencialmente a produção – também demanda insumos minerais. É o caso dos fertilizantes e dos corretivos de solo, normalmente identificados, no primeiro caso, por fosfato e potássio e, no segundo, pelo calcário agrícola. A Confederação Nacional da Agricultura (CNA) aponta que se trata de setores em amplo crescimento, impulsionados no Brasil justamente pela demanda agrícola⁵⁹.

⁵⁶ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM. Sumário Mineral. << <https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/sumario-mineral/pasta-sumario-brasileiro-mineral-2018/aco> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁵⁷ Cf. << <https://worldsteel.org/media-centre/press-releases/2022/january-2022-crude-steel-production/#:~:text=Top%2010%20steel%2Dproducing%20countries,7.3%20Mt%2C%20up%204.2%25.> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁵⁸ Cf. << <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2021/05/27/senado-vai-homenagear-ex-ministro-da-agricultura-alysson-paolinelli> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁵⁹ Para a indústria de fertilizantes e corretivos de solo, a projeção de alta do faturamento anual (11,55%) é impulsionada pelo crescimento esperado para a produção anual (15,71%), uma vez que, na comparação entre janeiro a outubro de 2019 e de 2020, houve recuo dos preços reais (-3,60%). Esses resultados imprimem o desempenho favorável das commodities agrícolas, que têm impulsionado a rentabilidade dos produtores e favorecido a relação de troca para insumos e, logo, a comercialização de fertilizantes. Cf. << <https://www.cnabrazil.org.br/boletins/pib-do-agronegocio-avanca-novamente-em-outubro> >>. Acesso em 05.07.2022.

O Boletim MacroFiscal da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Economia, informa, ao lado da queda de 4,7% do PIB em 2020⁶⁰, que “espera-se que a indústria, agropecuária e comércio sejam *os principais motores para a retomada*.” Natural que seja assim, considerando que o *agronegócio* brasileiro, apesar da pandemia do Covid19, teve crescimento recorde de 24,31% em 2020⁶¹. Esse crescimento, tanto da indústria como do agronegócio, impulsiona fortemente a mineração brasileira, que vem igualmente apresentando resultados positivos no período pandêmico⁶².

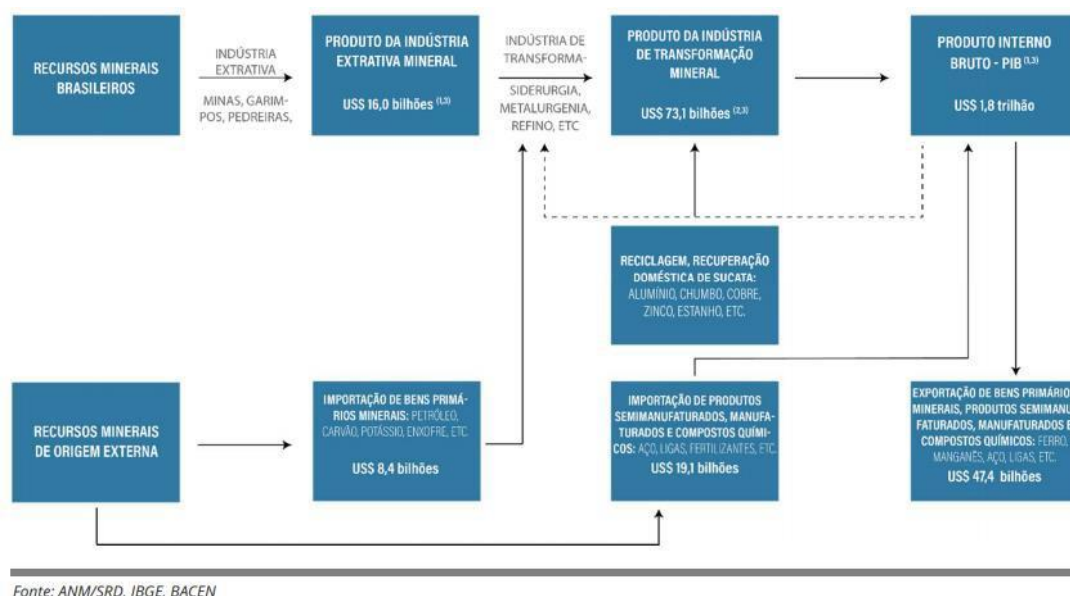
Juntamente com esses principais segmentos, industrial e agroindustrial, que dependem da mineração brasileira, destaca-se longa lista de prestadores de serviços e de fornecedores de máquinas e equipamentos especializados.

O fluxograma abaixo, elaborado pela ANM⁶³ em conjunto com o IBGE e com o Banco Central, ilustra o exposto, com dados de 2016 que evidenciam um acréscimo ao PIB de 1,8 trilhão de dólares pela indústria de transformação mineral no Brasil:

⁶⁰ Cf. *Boletim MacroFiscal da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Economia*, divulgado em setembro de 2020: << <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/conjuntura-economica/boletim-macrofiscal/boletim-macrofiscal-setembro-2020-v14.pdf> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁶¹ Cf. << [⁶² BRASIL. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA – MME. << \[⁶³ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM. << \\[https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/sumario-mineral/sumariomineral_2017\\]\\(https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/sumario-mineral/sumariomineral_2017\\) >>. Acesso em 05.07.2022.\]\(http://antigo.mme.gov.br/web/guest/secretarias/geologia-mineracao-e-transformacao-mineral/noticias/-/asset_publisher/Idc0DUAr9UAE/content/atividades-minerais-sao-essenciais-no-combate-a-pandemia?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fantigo.mme.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Fsecretarias%2Fgeologia-mineracao-e-transformacao-mineral%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_Idc0DUAr9UAE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_Idc0DUAr9UAE_cur%3D3%26_101_INSTANCE_Idc0DUAr9UAE_keywords%3D%26_101_INSTANCE_Idc0DUAr9UAE_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_Idc0DUAr9UAE_delta%3D30%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_Idc0DUAr9UAE_andOperator%3Dtrue >>. Acesso em 05.07.2022.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://www.cnabrazil.org.br/noticias/pib-do-agronegocio-tem-crescimento-recorde-de-24-31-em-2020#:~:text=PIB%20do%20agroneg%C3%B3cio%20tem%20crescimento%20recorde%20de%2024%2C31%25%20em%202020,-Bras%C3%ADlia%20(11%2F03&text=Com%20o%20resultado%2C%20o%20agroneg%C3%B3cio,do%20pa%C3%ADs%20no%20ano%20passado.&text=O%20desempenho%20do%20PIB%20do,volume%20quanto%20de%20pre%C3%A7os%20reais. >> Acesso em 05.07.2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Tabela 2 – Conexão da mineração à indústria de transformação no Brasil



Fonte: ANM (2017)

Por tais razões, não parece que, no Brasil, haja um enclave na mineração, o que afastaria a hipótese de Auty sobre uma das causas da maldição dos recursos naturais.

Sobre a hipótese de desindustrialização, trata-se de assunto complexo e com muitas variáveis. É certo que a indústria brasileira, que representava 33% do PIB em 1980, se resume a 16% do PIB atualmente. Mas afirmar que a mineração é a principal causadora disso não parece adequado. Wilson Cano atribui a desindustrialização brasileira aos seguintes fatores: (1) efeitos da política macroeconômica das últimas duas décadas, após a adoção do Plano Real, qual seja, abertura comercial com o câmbio valorizado e juros altos, incentivando importações; (2) privatizações e desnacionalizações⁶⁴.

Sérgio Kannebley Júnior, por sua vez, considera que o principal fator que contribui para a desindustrialização nacional é a dependência de auxílios governamentais. A consolidação da indústria nacional na década de 1970 se deu por investimentos estatais e por um histórico de incentivos fiscais. Com a perda da capacidade financeira do Estado, menos investimentos, menos

⁶⁴ Cf. << <https://www3.eco.unicamp.br/cede/centro/146-destaque/508-desindustrializacao-no-brasil-e-real-e-estrutural> >> Acesso em 05.07.2022.

subsídios e menos incentivos levaram à desindustrialização. Outro fator indicado por Kannebley Júnior é a falta de preparo da indústria nacional para o processo de abertura comercial iniciado na década de 1990⁶⁵.

Portanto, é questionável a afirmação de que a desindustrialização brasileira possa ser atribuída ao desenvolvimento do setor mineral. Não será objeto desta pesquisa aprofundar essa hipótese, que demandaria estudos econômicos incompatíveis com o recorte tributário escolhido, mas é necessário suscitar a reflexão, ainda que preliminar, para o assunto.

b) A mineração e sua cadeia produtiva gerariam poucos empregos?

A afirmação também não parece ser verdadeira. Dados de 2019 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)⁶⁶ indicam que apenas o setor de *extração* mineral emprega direta e formalmente 227.838 pessoas. A sua cadeia produtiva emprega ainda mais. A indústria de transformação emprega 7.21 milhões de pessoas, a construção civil emprega 2 milhões de pessoas e o agronegócio emprega 1.47 milhão de pessoas:

Tabela 3 – Empregos gerados por setor econômico no Brasil

Total das Atividades			
IBGE Setor	Masculino	Feminino	Total
1 - EXTR MINERAL	200.414	27.424	227.838
2 - IND TRANSF	4.971.474	2.247.784	7.219.258
3 - SERV IND UP	371.504	83.524	455.028
4 - CONSTR CIVIL	1.823.705	188.506	2.012.211
5 - COMERCIO	5.300.398	4.152.992	9.453.390
6 - SERVICOS	9.156.251	8.687.606	17.843.857
7 - ADM PUBLICA	3.585.427	5.280.121	8.865.548
8 - AGROPECUARIA	1.237.218	239.863	1.477.081
Total	26.646.391	20.907.820	47.554.211

Fonte: MTE (2019)

Desconsiderou-se nessa avaliação o setor de serviços, maior empregador do país, que possui forte e especializada estrutura para a mineração no Brasil, uma vez que não é possível estabelecer o percentual voltado apenas para esse segmento.

⁶⁵ Cf. << <https://jornal.usp.br/atualidades/processo-de-desindustrializacao-no-brasil-se-acentua/> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁶⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. << https://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_isper/index.php# >> Acesso em 05.07.2022.

Além disso, segundo o MTE, a remuneração média do empregado no setor de extração mineral é o dobro da média nacional:

Tabela 4 – Remuneração média por setor econômico no Brasil

Setores IBGE			
IBGE Setor	Masculino	Feminino	Total
1 - EXTR MINERAL	6.344,26	6.471,45	6.359,80
2 - IND TRANSF	3.278,01	2.352,02	2.990,31
3 - SERV IND UP	4.960,50	4.707,92	4.914,06
4 - CONSTR CIVIL	2.412,42	2.372,93	2.408,41
5 - COMERCIO	2.276,96	1.955,89	2.135,58
6 - SERVICOS	3.408,11	2.765,98	3.092,19
7 - ADM PUBLICA	5.423,86	4.079,11	4.624,08
8 - AGROPECUARIA	1.975,41	1.646,35	1.922,50
Total	3.359,00	2.902,58	3.156,02

Fonte: MTE (2019)

É notável que, na mineração brasileira, a média salarial feminina seja superior à masculina. E, pelos dados apresentados, não se pode dizer que o setor de mineração no Brasil empregue pouco, sobretudo quando considerada a sua cadeia produtiva, que se estende pela indústria de transformação, a construção civil, o agronegócio e o setor de serviços.

c) *Teríamos forte remessa de rendas minerais ao exterior?*

Essa pergunta demandará uma avaliação mais detalhada, em capítulos subsequentes, sobre a estrutura da tributação brasileira sobre a mineração. O que se deve investigar é se há a captura, pelo Estado, de relevante parte das rendas minerais. A hipótese sugerida é afirmativa.

As mineradoras brasileiras, mesmo ao exportar seus produtos, em resumo⁶⁷, sujeitam-se, em nível federal, à incidência do Imposto de Renda (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) a 34%, dos *royalties* (CFEM) sobre receita de até 3,5%, de contribuições sobre a remuneração (Previdenciária, RAT e Terceiros) superiores a 20%; em nível estadual, às Taxas de Fiscalização de Recursos Minerais (TFRM), que incidem em uma alíquota específica sobre volume de produção e que arrecadam valores superiores à CFEM destinada aos Estados; em nível municipal, sujeitam-se a taxas diversas e impostos sobre a propriedade.

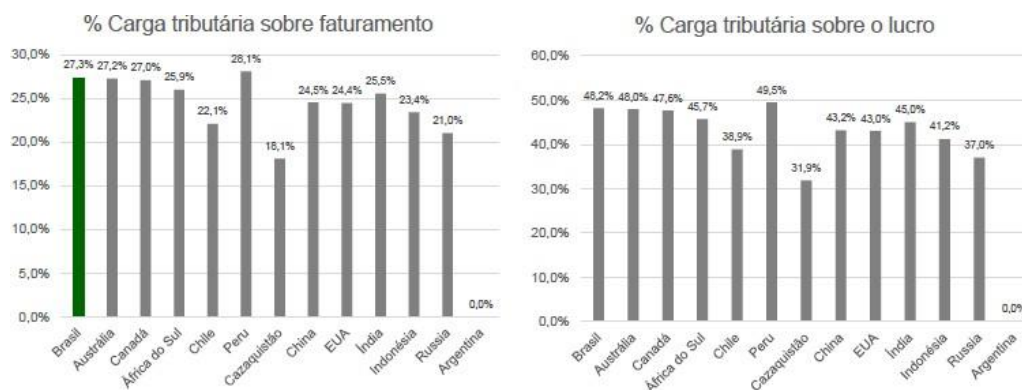
⁶⁷ Deixa-se de citar, aqui, taxas diversas e contribuições menos relevantes.

Quando não exportam, as mineradoras brasileiras também se sujeitam às contribuições ao PIS e à Cofins, calculadas a 3,65% (regime cumulativo) ou a 9,25% (não cumulativo) sobre a receita de vendas; bem como ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS), devido aos Estados a alíquotas padrão de 12% em transações interestaduais e 17% ou 18% em operações internas.

Estudo encomendado pelo IBRAM para a EY⁶⁸, em novembro de 2019, analisou comparativamente a tributação brasileira sobre a mineração com 11 países, avaliando-se várias *commodities* minerais. A análise econômica foi feita para os anos de 2016, 2017 e 2018, incluindo o levantamento das informações econômico-financeiras e mercadológicas da BHP Billiton, Rio Tinto e Vale com o objetivo de analisar o comportamento médio do mercado do ponto de vista de margens. Separou-se, então, a tributação sobre o faturamento e sobre o lucro.

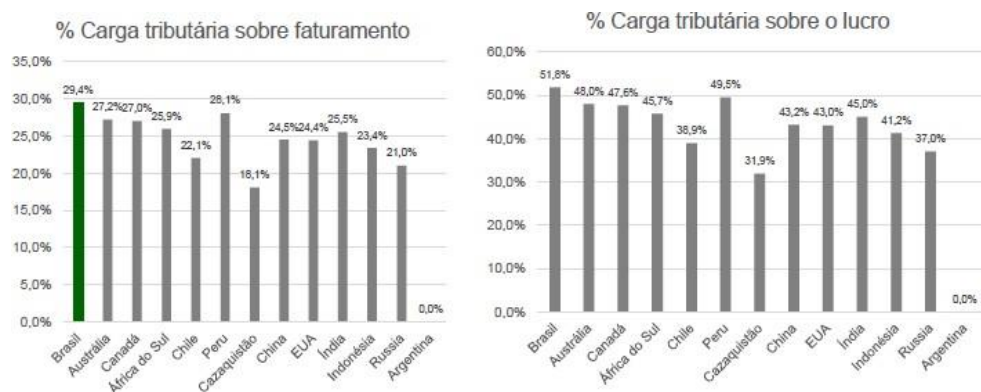
Os resultados foram os seguintes: (1) o Brasil possui a maior carga fiscal do mundo sobre minério de ferro, manganês, bauxita e nióbio; (2) a segunda carga fiscal mais elevada do mundo sobre chumbo, zinco, magnesita, potássio, níquel, fosfato e cobre; e (3) a terceira carga fiscal mais forte sobre ouro:

Gráfico 1 - Carga tributária global para Chumbo, Zinco, Magnesita, Potássio, Níquel, Fosfato e Cobre

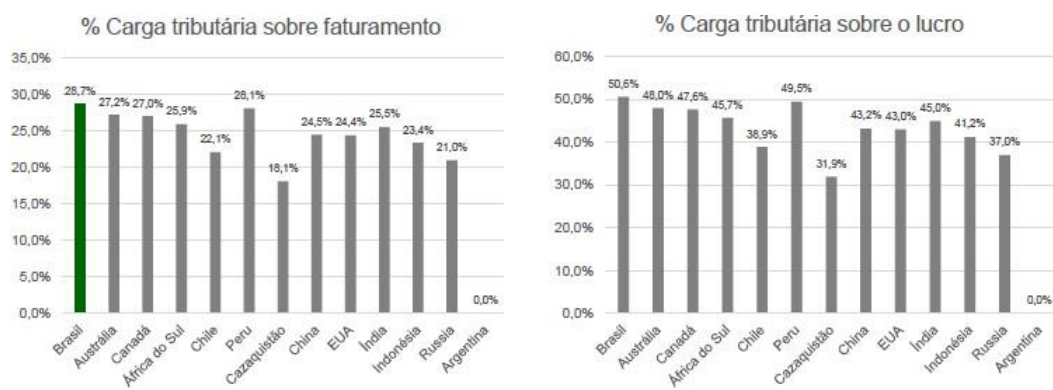


Fonte: EY (2019)

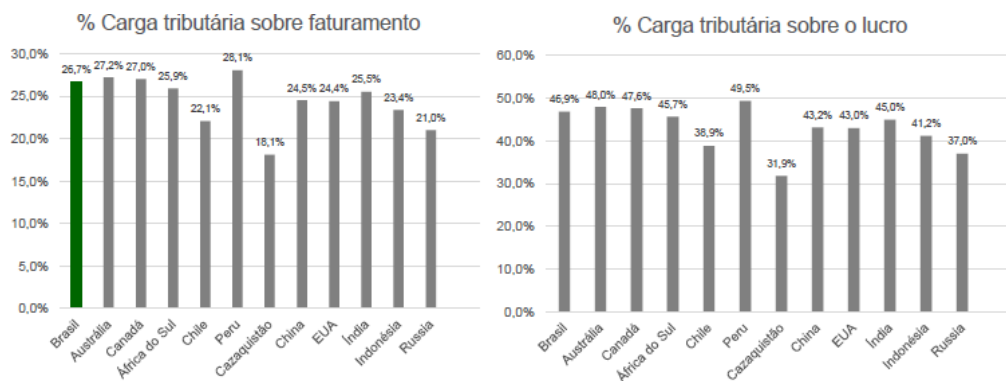
⁶⁸ EY. *Estudo comparativo da carga e prática tributária internacional do setor mineral*. IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração: novembro, 2019.

Gráfico 2 - Carga tributária global para Ferro

Fonte: EY (2019)

Gráfico 3 - Carga tributária global para Manganês, Bauxita e Nióbio

Fonte: EY (2019)

Gráfico 4 - Carga tributária global para Ouro

Fonte: EY (2019)

Esses dados sugerem cautela na afirmação de que a mineração brasileira não seria suficientemente tributada, de modo a se evitar a remessa de rendas minerais ao exterior. Mas isso não significa, por outro lado, que essa tributação seja eficiente, tampouco que os recursos arrecadados sejam bem geridos⁶⁹ pela União, pelos Estados e por Municípios.

Fato é que a “maldição dos recursos naturais”, tal como apresentada por Auty, não é um destino obrigatório. No estudo da Stanford Economics and Finance com o Banco Mundial, intitulado *Recursos Naturais: nem maldição nem destino*⁷⁰, há exemplos detalhados de países transformaram sua riqueza mineral em desenvolvimento. É o caso dos Estados Unidos e da Austrália.

Para os autores, o expressivo progresso australiano antes da Primeira Guerra Mundial se deve, em grande parte, às vantagens dos recursos naturais, e não às conquistas técnicas e aos homens que prosperaram por seus méritos. Quanto aos Estados Unidos, apresentam que, em 1913, tratava-se do produtor dominante mundial de praticamente todos os principais minerais industriais da época. Havia um ou outro país que rivalizava com os Estados Unidos em algum mineral - a França em bauxita, por exemplo -, mas nenhuma nação estava remotamente perto dos Estados Unidos na profundidade e extensão de sua abundância mineral, que teria sido um fator significativo na definição, se não na propulsão, do caminho para a liderança mundial no cenário industrial.

O exemplo chileno também é digno de nota, tendo em vista o forte crescimento e desenvolvimento experimentado sobretudo na década de 1990. “Durante a década de 1990, a economia chilena cresceu notáveis 8,5% ao ano. A indústria de mineração tem sido fundamental para esse crescimento”, diz o supracitado estudo do Banco Mundial em parceria com Stanford.

⁶⁹ Há evidências da má gestão. Por exemplo, Relatório de 2016 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, sobre Nova Lima/MG (notório Município minerador), concluiu que, apesar de 23% das suas receitas correntes decorrerem da CFEM, o que “*é significativo no cômputo da receita corrente total*”, “*não foram localizados planos ou planejamentos específicos de longo prazo para a aplicação dos recursos da CFEM com vistas à diversificação econômica do Município*”. Além disso, o relatório afirma que “*os recursos da CFEM são diluídos nos gastos da Prefeitura, não havendo um planejamento específico para a sua aplicação*”.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Relatório de 2016 sobre Nova Lima/MG. Disponível em << <https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2017/NOVA%20LIMA%20-%20Relatorio%20Final.pdf> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁷⁰ LEDERMAN Daniel, MALONEY, William F (Edit.). *Natural resources: neither curse nor destiny*. A copublication of Stanford Economics and Finance and the World Bank, 2007.

Pamela Ormonde⁷¹ investigou a relação entre rendas minerais e a pobreza na América do Sul e na África Subsaariana, examinando se as rendas dos recursos naturais ajudaram a reduzir as taxas de pobreza em países com uma extensa base mineral, envolvendo Botswana, Nigéria, Zâmbia, Bolívia, Chile e Venezuela.

Sobre o Chile, Ormonde⁷² concluiu que o país tem tido sucesso em diversificar a economia para além do cobre e conseguiu evitar a maldição dos recursos naturais. Atualmente, exporta vinho, frutas e produtos de papel e foi um dos países mais bem sucedidos na redução das taxas de pobreza. Demonstra que o Chile conseguiu combinar grandes rendas minerais e inicialmente altos níveis de desigualdade e pobreza com crescimento econômico e melhorias nos indicadores socioeconômicos. A contribuição dos quatro principais setores da economia para o PIB é equilibrada, sendo que a mineração garante ao país grande parte de um fluxo saudável de rendas minerais. A desigualdade tem sido um problema persistente ao longo dos anos, mas políticas redistributivas teriam sido implementados. Além disso, o Chile tem aproveitado forte crescimento econômico e renda mineral para redistribuir de forma abrangente uma parte da renda do cobre para a economia preventiva, por meio de fundos.

Esses fatores têm contribuído fortemente para a melhoria do bem-estar dos membros mais vulneráveis da sociedade chilena: dados de 2009 mostram que a mortalidade infantil e bebês com baixo peso ao nascer são os mais baixos dos países investigados na pesquisa de Ormonde, sendo que a porcentagem da pobreza diminuiu 90% desde 1986.

Essa percepção é reforçada pelo *African Natural Resources Center* em trabalho feito com o *African Development Bank*⁷³, para quem “o Chile tem sido bem-sucedido em evitar a maldição dos recursos naturais”. Atribuem isso “às fortes instituições do país”, cuja construção decorreu de um processo longo e ainda em evolução, onde a economia política teria um papel importante.

⁷¹ ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011.

⁷² ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011, p. 50.

⁷³ KHAMA, Sheila. *Chile's Fiscal Policy Implementation and Mining Revenue: a case study*. African Natural Resources Center/African Development Bank, 2016, p. 7.

Outro exemplo recente é Botswana, país sem costa marítima localizado na África Austral, com 2,3 milhões de habitantes, cuja economia historicamente é baseada em exportações de diamantes. Ormonde⁷⁴ aponta que, após a independência da Coroa Britânica em 1966, a situação nacional era de pobreza extrema. Apesar disso, trata-se de uma história de sucesso. A exploração de diamantes passou a ocorrer em 1971, com capital intensivo, sem mão de obra relevante, sendo que os sucessivos governos tiveram dificuldades em diversificar a economia. Tudo isso poderia levar à “maldição dos recursos naturais” conforme tese de Auty.

Assim como o Chile, Ormonde⁷⁵ demonstra que Botswana impôs carga relativamente alta (em torno de 50%) sobre as rendas minerais, alocando parte significativa das receitas em um fundo de poupança preventivo. Em 1972 e 1973, o governo de Botswana estabeleceu, respectivamente, o Fundo de Estabilização de Receitas e o Fundo do Serviço da Dívida Pública para absorver o excesso temporário de renda mineral. A criação do Fundo Pula, em 1994, continua a alocar rendas minerais em poupança para o futuro, bem como para diversificar a economia. O país tem sido eficiente no lado da despesa pública, investindo em infraestrutura, saúde e educação. Exatamente por esses motivos, “é de fato uma história de sucesso. Botswana tem a mais forte taxa de crescimento do PIB per capita entre os países em comparação e tem sido capaz de não apenas mitigar a maldição dos recursos naturais, mas também de prosperar”.

É certo que o país ainda enfrenta uma série de desafios, sobretudo sociais, mas há avanços suficientemente documentados que corroboram a conclusão de que a maldição dos recursos naturais não é um destino obrigatório.

Esses exemplos demonstram ainda duas outras coisas. Primeiro, há dezenas de fatores sociopolíticos e econômicos que interferem para que um país não seja “amaldiçoado” por seus recursos naturais. Isso torna impossível que esta pesquisa abarque todos eles. O enfoque a adotar será estritamente a avaliação da tributação mineral. Segundo, que os exemplos de países bem-sucedidos em utilizar sua riqueza mineral sugere que eles sejam mais bem investigados no que tange ao *design* do sistema fiscal, o que será feito em capítulo específico.

⁷⁴ ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011, p. 18.

⁷⁵ ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011, p. 22-23.

1.3. HISTÓRICO DA TRIBUTAÇÃO MINERAL NO BRASIL

Para compreender a tributação mineral no Brasil pós Constituição de 1988, é preciso buscar suas raízes, que se confundem com a própria história nacional⁷⁶.

A importância da atividade minerária na economia nacional remonta ao início do processo de colonização, promovido pela Coroa Portuguesa, nos séculos XV e XVI. Guarda intrínseca relação com o surgimento e o desenvolvimento do Brasil, já que a busca por metais preciosos estimulou a imaginação dos navegadores, incitando-os a desbravar os mares em busca de novas terras. Caminha escreveu ao Rei Dom Manuel, em 01.05.1500, expressando sobre essas terras, que “De ponta a ponta é toda praia parma [...]. Nela até agora não podemos saber que haja ouro nem prata nem coisa de metal nem de ferro, nem lho vimos”.

Durante o período colonial, todas as riquezas minerais descobertas em terras portuguesas eram de propriedade da Coroa. Correspondiam a um dos diversos direitos reais, que atribuíam ao rei não apenas a soberania inerente ao Estado absolutista, mas também superioridade econômica em relação aos súditos. Vigorava em nosso país – então colônia – o sistema regaliano, pelo qual o rei concordava com o aproveitamento das jazidas – de sua propriedade – desde que mediante retribuição.

O sistema regaliano decorre das Ordenações Manuelinas (Livro II, Título XV, § 15), que estabeleciam a propriedade do subsolo ao Rei.

Conforme Onofre Batista⁷⁷, aproximadamente 50% da produção mundial de ouro, entre os séculos XV e XVII, vinha do Brasil, ainda que essa riqueza não tenha sido revertida em benefício da Colônia. Afirma Batista Júnior que a exploração mineral não gerou desenvolvimento, em especial porque os meios de subsistência eram em sua maioria importados e quase não havia produção interna, o que gerava inflação dos alimentos na Colônia e fome no povoado. Afirma Alex Lombello Amaral⁷⁸ que “a Revolução Industrial inglesa foi financiada

⁷⁶ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA, Tiago de Mattos. *CFEM: Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 12.

⁷⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Uma introdução ao estudo do regime constitucional de imposições fiscais sobre a mineração. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Estudos sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 18.

⁷⁸ AMARAL, Alex Lombello. *Origens das Minas Gerais*. São João Del Rey: Heráclito, 2012, p. 29.

pelo ouro mineiro”. Entretanto, Minas Gerais experimentou duas fomes coletivas no período, em 1697 e em 1700, decorrentes do volume de pessoas deslocadas à região em busca de trabalho e riquezas⁷⁹.

A partir da independência do Brasil, a Lei de 20 de outubro de 1823, que “Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro [...] e os decretos das Cortes Portuguezas”, afirmou que o subsolo, antes parte do patrimônio da Coroa, deveria ingressar aos domínios do Estado brasileiro.

No período imperial, portanto, houve a substituição do sistema regaliano pelo sistema dominial, segundo o qual os recursos minerais deixaram de pertencer ao Monarca para se constituírem propriedade do Estado. Por isso, o particular que explotasse recursos minerais deveria pagar ao Estado uma participação denominada transferência da propriedade da mina, que consistia em um pagamento periódico fixo, e em outro variável, de acordo com o resultado da atividade.

Com o advento da Primeira República, em 1891, inaugurou-se o chamado regime de acessão (ou fundiário), em que o proprietário do solo também detinha a propriedade dos recursos minerais. Por isso, havia jazidas privadas – caso o solo fosse também de propriedade privada – e jazidas públicas – caso o Estado fosse proprietário do solo. A partir da Lei Simão Lopes (1921), quando a extração ocorresse em propriedade pública, passou a ser devida uma forma de participação ao Estado, consistente na cobrança de taxas fixas e um imposto sobre a produção anual da mina, de acordo com a natureza e o teor de cada substância mineral.

Cláudio Scliar⁸⁰ observa que o regime de acessão, ou “direito fundiário”, decorreu da “união das forças políticas agrárias” que se instalou na República em 1889. Atílio Vivacqua⁸¹, por sua vez, afirma que havia desinteresse pelo setor mineral na época por não ser visto como “fonte de lucros particulares e rendimentos fiscais”, bem como que a nova Carta Magna teria sido influenciada pelas ideias liberais que afluíam no país:

⁷⁹ “[...] animais domésticos, como gatinhos e cachorrinhos viraram almoço raro e valioso, custando até cem gramas de ouro”. O preço dos alimentos em Minas Gerais era cerca de oito vezes maior do que em outros pontos da colônia. AMARAL, Alex Lombello. *Origens das Minas Gerais*. São João Del Rey: Heráclito, 2012, p. 10.

⁸⁰ SCLIAR, Cláudio. *Geopolítica das minas do Brasil: a importância da mineração para a sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 80

⁸¹ VIVACQUA, Atílio. *A nova política do sub-solo e o regime legal das minas*. Rio de Janeiro: Tiradentes, p. 524.

O problema da propriedade e da exploração das minas, já então vivamente debatido na Europa, sob o influxo das doutrinas de caráter social, não despertou no seio da Constituinte republicana interesse especial nem a sua discussão repercutiu no espírito público da época. A mineração, abandonada desde o Império, e sem oferecer, na ocasião, perspectiva de um soerguimento, não era vista como fonte de lucros particulares e rendimentos fiscais. Esse fator, de ordem econômica, ao lado da pouca projeção daquelas doutrinas no espírito do legislador, explica o desinteresse com que o assunto foi discutido, mesmo sob o ponto de vista doutrinário, na elaboração da Constituição da República. A adjudicação graciosa das minas ao proprietário do solo, consignada no § 17 do art. 72, consumou-se naquela assembleia, sem qualquer resistência, como legítima reintegração do direito de propriedade privada.

O art. 118 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CB/1934) determinou que as minas e demais riquezas do subsolo constituíam propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Já o seu art. 119 dispôs que o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, ainda que de propriedade privada, dependeria de autorização ou concessão estatal (na forma da lei). Nos termos do § 1º do art. 119, as autorizações ou concessões deveriam ser conferidas “exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros”.

Conforme Onofre Batista⁸², pelo § 3º do art. 119, a concessão ou autorização para exploração das minas era dada pelos Estados componentes da União. O § 4º do art. 119 determinou que lei regularizasse a progressiva “nacionalização” das minas e jazidas, com exceção às minas manifestadas, cujo § 6º afirmou não dependerem de concessão ou autorização.

O Código das Minas de 1934 (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934) estabeleceu, em seu art. 5º, que as jazidas conhecidas e manifestadas, na forma da lei, pertenceriam aos proprietários do solo e as desconhecidas, quando descobertas, seriam da Nação, respeitando-se o direito adquirido.

Frederico Munia Machado alerta, a partir da transcrição da exposição de motivos do Código em referência, ser necessária “prudência, porém, na compreensão do conceito de ‘patrimônio da Nação’”. Isso porque, ao menos originalmente, a intenção do Código de Minas de

⁸² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Uma introdução ao estudo do regime constitucional de imposições fiscais sobre a mineração. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Estudos sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 21-22.

1934 foi declarar essas jazidas e minas [...] como *res nullis*”, e não integrantes do patrimônio particular da União. O autor também observa a particularidade federativa do art. 84 do Código, pelo qual “O concessionário de uma lavra não poderá ser tributado pela União, Estado e pelo município, além de uma percentagem máxima da renda líquida da empresa, fixada em lei federal”. Para ele, trata-se de uma resposta ao “intenso e desordenado apetite tributário” enfrentado pelo setor privado até 1934⁸³.

Ou seja, a Constituição de 1934 rompeu com o regime anterior, passando a separar a propriedade do solo da dos recursos minerais, atribuindo sua propriedade à Nação. Contudo, preservou o direito consumado (chamado de direito adquirido pela norma) de particulares à propriedade das minas que se encontravam em lavra, o que veio a ser chamado manifesto de mina (ou mina manifestada), pelo Código de Minas do mesmo ano, que determinou, ainda, a incidência de *royalties* pelo aproveitamento econômico de recursos minerais em qualquer caso, fosse a mina pública (concedida ao particular) ou privada (mina manifestada).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (CB/1946) atribuiu à União a competência para a criação do Imposto Único sobre Minerais (IUM)⁸⁴, determinando a repartição da receita aos demais entes federados. Apenas em 1964 foi instituído o IUM, por meio da Lei nº 4.425, sendo que, até então, outros tributos incidiam sobre a atividade minerária. O Supremo Tribunal Federal afirmou no julgamento do RE nº 50.164, em 07.03.1963⁸⁵, que o art. 15, III, da CB/1946 não seria autoaplicável, mas que dependeria de lei para produzir efeitos. Assim, seria legítima a incidência de outros tributos sobre a mineração, até que fosse editada lei que instituisse o imposto único.

Instituído o IUM, determinou-se a exclusão dos demais tributos sobre a atividade minerária, tendo sido a hipótese de incidência desenhada como a saída do produto do respectivo depósito, jazida ou mina, assim entendida a área constante de licença, autorização de pesquisa ou

⁸³ MACHADO, Frederico Munia. A evolução histórica da legislação sobre os *Royalties* da mineração brasileira. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 29-30.

⁸⁴ Além do IUM, a Constituição de 1946 atribuiu à União a competência para a criação dos “Impostos Únicos” sobre Combustíveis e Lubrificantes Líquidos e Gasosos (IUCLG) e Energia Elétrica (IUEE). Determinou que “sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção”.

⁸⁵ RE 50.164. Rel. Ministro Luis Galotti. Primeira Turma. Julgado em 07.03.1963. DJ, 06 maio 1963.

lavra; ou, quando se tratasse de mineral obtido por fiação, garimpagem ou trabalhos similares, a primeira circulação aos respectivos produtores, vide art. 2º, da Lei nº 4.426/64. Ou seja, determinava a hipótese de incidência que a obrigação tributária surgiria na fase do processo de produção mineral situada entre o final do processo de beneficiamento e o início da fase de transformação.

A referida lei determinou, ainda, em seu artigo 11, que o produto da arrecadação do IUM seria destinado a investimentos no setor rodoviário, em energia, em educação, na agricultura e na indústria.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (CRFB/1967) manteve o regime dos “Impostos Únicos” e dispôs sobre sua partilha entre os entes federados⁸⁶. A lógica distributiva entre os entes era: (i) lubrificantes e combustíveis, em proporção à superfície, população, produção e consumo; (ii) energia elétrica idem, adicionando-se, quando coubesse, cota compensatória da área inundada pelos reservatórios; e (iii) em relação aos minerais, proporcionalmente à produção.

Além disso, já existia a cobrança de *royalties* sobre a exploração de petróleo desde a Lei nº 2.004, de 1953, que também autorizou a União a constituir a Petrobrás. Tais receitas foram compartilhadas com os entes subnacionais de diversas formas, ao longo do tempo (art. 27, *caput* e § 4º). O nome dado à exação pela Lei nº 2.004, de 1953 era “indenização”, o que não define a natureza jurídica do instituto, critério interpretativo este inclusive positivado no art. 4º, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), o tratamento dado ao aproveitamento econômico de recursos minerais sofreu substanciais alterações, entre as quais se encontra a revogação oblíqua do IUM e a instituição de previsão

⁸⁶ “Art. 28 - A União distribuirá aos Estados, Distrito Federal e Municípios:

I - quarenta por cento da arrecadação do imposto a que se refere o art. 22, n.º VIII; II - sessenta por cento da arrecadação do imposto a que se refere o art. 22, n.º IX; III - noventa por cento da arrecadação do imposto a que se refere o art. 22, n.º X.

Parágrafo único - A distribuição será feita nos termos da lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, obedecido o seguinte critério:

a) nos casos dos itens I e II, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao n.º II, cota compensatória da área inundada pelos reservatórios;
b) no caso do item III, proporcional à produção.”

constitucional de uma compensação financeira ou participação no resultado da atividade devida à União, assegurada a transferência de parte do produto da sua arrecadação aos Estados e Municípios. Com base nessa regra constitucional de competência, foi instituída, em 1989, a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM).

1.4. TRIBUTAÇÃO MINERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para Peter Häberle⁸⁷, a Constituição institucionaliza a experiência vivida pela sociedade, na sua historicidade imanente, e dirige-se ao futuro, vocacionada à eternização. Trata-se de um pacto das gerações, que impõe múltiplas responsabilidades com as gerações futuras, especialmente quanto ao equilíbrio da ordem econômica e das contas públicas. Evidentemente, se o Estado existe para realizar os fins determinados pela Constituição, é pressuposto um contínuo processo de avanços encadeados na concretização dos direitos fundamentais.

Dito isso, impõe-se traçar três premissas⁸⁸, antes de avaliar aspectos puramente fiscais: (i) como a Constituição, por essência, se volta para o futuro, interpretações das suas normas que se restrinjam ao presente são problemáticas, por desconsiderarem o aspecto intergeracional imanente ao seu texto e à continuidade da República Federativa do Brasil; (ii) os recursos naturais pertencem ao povo brasileiro – e não aos entes federados –, inclusive às futuras gerações; (iii) são objetivos constitucionais conhecer as nossas reservas de recursos naturais e explorá-las, mediante concessões, monetizando-as e transformando-as em direitos fundamentais.

A segunda premissa se relaciona com a primeira, na medida em que a propriedade da União sobre os recursos naturais não renováveis não se dá no sentido civilista clássico⁸⁹. Essa

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Ferro. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 86-88.

⁸⁸ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O mecanismo constitucional de monetização de recursos naturais não renováveis como instrumento de concretização de direitos fundamentais: um estudo da CFEM em Minas Gerais. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton. CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (Coords.) *Estudos Sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

⁸⁹ Acyr Bernardes ensina: “quando a Constituição cataloga os recursos minerais entre os bens da União, por certo não titula, sic et simpliciter, a União como proprietária de tais recursos; faz, sim, solene declaração de soberania da União sobre eles, não importando sob que forma se encontrem, na superfície ou no interior da terra, e em qualquer parte do território nacional”. BERNARDES, Acyr. Recursos minerais: a União é proprietária ou exerce soberania? *Brasil Mineral*. São Paulo, n. 157, dez. 1997, p. 72.

noção traduz, no ente nacional, a propriedade do povo brasileiro sobre tais recursos, conforme observam Onofre Batista e Fernanda Alen⁹⁰:

Os minerais no subsolo são bens públicos, de propriedade do povo brasileiro. A CRFB/88 estabelece, em seu inciso IX, art. 20, que os recursos minerais são bens da União. O termo “União” empregado no artigo não diz respeito à pessoa jurídica de direito interno, mas à união dos Estados-Membros, ao representante do Estado Federal soberano. Os recursos minerais, nesse compasso, são bens do povo, razão pela qual cabe a todas as pessoas políticas proteger e zelar por estas riquezas (art. 23, XI da CRFB/88).

Desde a CB/1934, superou-se o regime de acessão, garantindo o direito à propriedade privada das jazidas e minas conhecidas, que permanece até hoje. As jazidas descobertas após esse marco pertencem à União, enquanto ente nacional. Não há aqui espaço para a afirmação de que os recursos naturais pertencem aos entes federados. A noção de propriedade, localizada no ente nacional, traduz o direito do povo brasileiro à fruição das benesses advindas de tais recursos.

Por isso a Constituição de 1988 determina que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderão ser efetuados no interesse nacional. Não se trata do interesse de nenhum ente federado especificamente, e sim do povo brasileiro. A Advocacia-Geral da União possui relevante manifestação nesse sentido: “Os recursos minerais, que, em última análise, pertencem ao povo, devem ser explorados visando ao interesse nacional (§ 1º do artigo 176 da CRFB/1988), para satisfazer as necessidades coletivas”⁹¹.

Nesse sentido, o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, inclui o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica como casos de utilidade pública (art. 5º, f).

No mesmo sentido, a lição de Roque Carrazza: “Em linguagem estritamente jurídica, podemos dizer que o subsolo e suas riquezas pertencem ao povo brasileiro, representado pela União”. CARRAZZA, Roque Antônio. Natureza jurídica da “compensação financeira pela exploração de recursos minerais”: sua manifesta inconstitucionalidade. In: *Revista Justitia*, São Paulo, v. 57, n.º 171, 1995, p. 90.

⁹⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves e DA SILVA, Fernanda Alen Gonçalves. A Função Social da Exploração Mineral no Estado de Minas Gerais. In *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 475 - 505, jan./jun. 2013.

⁹¹ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer AGU/MF-2/95 - anexo ao Parecer nº GQ-79, de 08.08.95, publicado no DO de 16.08.95.

Por consequência de sua exauribilidade, as gerações presentes devem se preocupar com os efeitos do bom uso desses recursos em prol das gerações futuras, também proprietárias. Trata-se de aspecto diretamente relacionado à natureza jurídica das participações sobre a exploração de recursos naturais não renováveis⁹².

Finalmente, em decorrência do exposto, constitui objetivo constitucional conhecer os recursos naturais não renováveis e explorá-los, mediante atuação estatal e concessão de títulos de pesquisa e de lavra para particulares (art. 176). Esse processo também se volta para o futuro, na medida em que pouco conhecemos nosso subsolo, inclusive em nossos oceanos, a próxima fronteira mineral⁹³.

É certo que a finitude ou exauribilidade desta espécie de recursos não pode ser tomada em sentido absoluto, porquanto se é verdade que a exploração econômica esgota o recurso conhecido, também é inegável que a mesma exploração permite maior conhecimento geológico, que frequentemente leva a ampliações das jazidas existentes e ao descobrimento de novos depósitos⁹⁴.

Ainda assim, a CRFB/1988, ao tratar destes recursos finitos ou exauríveis por natureza, impõe que a política fiscal do país leve em consideração as três premissas aqui assentadas: (i) como a Constituição, por essência, se volta para o futuro, interpretações das suas normas que se restrinjam ao presente são problemáticas, por desconsiderarem o aspecto intergeracional imanente ao seu texto e à continuidade da República Federativa do Brasil; (ii) os recursos naturais pertencem ao povo brasileiro – e não aos entes federados –, inclusive às futuras gerações; (iii) são objetivos constitucionais conhecer as nossas reservas de recursos naturais e explorá-las, mediante concessões, monetizando-as e transformando-as em direitos fundamentais.

⁹² “Por isso, não se pode afirmar que a CFEM teria como finalidade a mera reparação de perdas, sendo esta a suposta causa de sua incidência, pois seria o mesmo que negar à população brasileira o seu direito a que os recursos provenientes desta exação sejam perenizados na sociedade, como em investimento em educação e saúde, que inclusive beneficiem gerações futuras, tão proprietárias dos recursos minerais brasileiros como as gerações atuais.” CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA, Tiago de Mattos. *CFEM: Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 160-161.

⁹³ Cf. “*Mineração no fundo do mar começa a atrair atenção*”.

<< <https://www.valor.com.br/brasil/6206813/mineracao-no-fundo-do-mar-comeca-atrair-atencao> >>. Acesso em 05.07.2022.

⁹⁴ DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 25.

1.4.1. O MECANISMO CONSTITUCIONAL DE MONETIZAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS E SUA PARTILHA FEDERATIVA

A Constituição de 1988 prevê dois mecanismos diretos de monetização de recursos naturais não renováveis, que se relacionam: os *royalties*, de natureza não tributária, e o ICMS.

O primeiro (art. 20, § 1º) é o principal mecanismo constitucional para o estudo ora proposto; e o segundo deve ser considerado, uma vez que o art. 155, § 3º, dispõe que, além de ICMS, Imposto de Importação e Imposto de Exportação, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a minerais. A única exceção aqui é o ouro, por se tratar de mineral que pode ser destinado a simples mercancia ou ao mercado financeiro como ativo financeiro ou cambial. Por esse motivo, a competência da União para a instituição do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou operações relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), outorgada pela Constituição de 1988, abarca operações com ouro quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial (§ 5º do art. 153). A incidência do IOF afasta o ICMS.

O art. 20, § 1º, da CRFB/1988 determinou uma contrapartida à União, em virtude da exploração econômica de recursos naturais não renováveis, notadamente os recursos minerais. No mesmo dispositivo constitucional, determinou-se que essa contrapartida poderia ter duas estruturas ou naturezas, conforme o juízo de conveniência e oportunidade do legislador, compensação financeira ou participação no resultado da exploração.

Conforme Regis de Oliveira, “os entes federados têm o dever de bem explorar seus bens e fazê-los produzir para suportar as despesas públicas, não só em sua manutenção, mas também para que deem lucro ao Poder Público”⁹⁵. Trata-se de importante objetivo constitucional que orienta a interpretação do § 1º, do art. 20.

A regra em questão institui a competência da União para criar um mecanismo de monetização dos recursos naturais não renováveis, de forma que gerem lucro a ser distribuído, de forma cooperativa e equilibrada, entre os entes federados. Não se trata, portanto, de recompor a perda do recurso natural não renovável; ou de meramente compensar impactos e eventuais danos ambientais, sociais ou econômicos decorrentes da atividade econômica.

⁹⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 346.

Muito mais do que isso, o § 1º, do art. 20 deve ser lido como o principal mecanismo constitucional para a concretização do direito do povo brasileiro (proprietário dos bens), inclusive das gerações futuras, à fruição de benesses decorrentes da monetização dos recursos naturais não renováveis, que possam ser perenizadas na sociedade mediante a concretização de direitos fundamentais. Esse é o seu motivo constitucional.

Há referências históricas que demonstram o processo político de construção do texto do referido dispositivo. É correto o *obiter dictum* do Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário nº 198.088/SP e no Mandado de Segurança nº 24.312/DF, de que o sentido histórico do § 1º, do art. 20, seria compensar politicamente Estados produtores de petróleo pela perda do ICMS na origem (conforme art. 155, § 2º, X, b)⁹⁶.

Importante destacar que a referida correção histórica quanto à origem do texto possui pouca ou nenhuma relevância interpretativa do direito positivo. Francesco Ferrara⁹⁷ há muito afirmou que o legislador é uma abstração. A “vontade do legislador” perde qualquer sentido quando a norma ingressa no ordenamento jurídico. A partir disso, há pertencimento da norma ao sistema (do contrário deve ser expulsa), sendo este o conjunto a partir do qual deve ser atribuído sentido a ela.

Com razão, Scaff afirma: “para análises de direito positivo, essa correlação [entre o § 1º, do art. 20 e o art. 155, § 2º, X, b] não possui maior relevância”⁹⁸.

Por isso, é incorreto afirmar que Estados e Municípios receberiam parte do produto da arrecadação dos *royalties* na condição de receitas originárias, como fez o STF no julgamento do MS nº 24.312/DF, sob o fundamento de que a natureza dos *royalties* seria de compensação

⁹⁶ “Há, portanto, uma correlação genética entre os dois artigos da Constituição, o § 1º, do art. 20 (que trata de *royalties*) e a letra b do inciso X, § 2º, do art. 155 (que trata da incidência do ICMS sobre petróleo e energia elétrica). [...] parece claro o acordo político havido entre os grupos envolvidos visando compensar as perdas com a adoção de um regime jurídico diferenciado com o ICMS *no destino*, respeitadas todas as ressalvas já feitas quanto à sua validade em termos de *direito positivo*.” SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

⁹⁷ “a obra legislativa é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem. [...] Mas quem é o legislador? Será o Parlamento? Se assim fosse teria de admitir-se que o Parlamento seria um jurista de profissão, capaz de conhecer o título e o imenso conteúdo das leis emanadas. O legislador é entidade que em parte alguma se descobre — é uma figura mística, indeterminada.” FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, p. 211.

⁹⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Minério e Energia*. RT: São Paulo, 2014, p. 148.

pela perda do ICMS na origem. Sendo o povo brasileiro proprietário dos recursos, representado pelo ente nacional, a receita é originária da União e transferida para os entes subnacionais⁹⁹.

O regime jurídico das receitas públicas auferidas a partir de recursos naturais não renováveis é mais complexo, envolvendo os instrumentos *indiretos* ou não expressamente contemplados na CRFB/1988 com esse fim. É o caso dos tributos incidentes sobre a renda (IRPJ e CSLL), sobre o patrimônio (ITR e IPTU) e as taxas. Todos com especificidades relativas à espécie de recurso ora investigada e que serão investigados adiante, em capítulo próprio.

De todo modo, importa notar que a CRFB/1988 estabeleceu um grupo de regras específica sobre a captura de receitas públicas a partir do aproveitamento econômico de minerais no país, elegendo, para tanto, os *royalties* e o ICMS como exações expressamente criadas para esse fim.

Considerando que os *royalties* são cobrados pelo ente nacional (União), mas com obrigatoriedade de transferência de receitas para Estados e Municípios (art. 20, § 1º, da CRFB/1988), bem como pelo fato de o ICMS ser imposto estadual com exclusividade na incidência sobre “operações com minerais” (art. 155, § 3º, da CRFB/1988) e por ser compartilhado com os Municípios, é inevitável abordar *o aspecto federativo* do mecanismo de monetização de recursos minerais.

Parece ter sido desejo do constituinte que houvesse a conjugação desses dois instrumentos fiscais sobre a mineração: um de natureza patrimonial (art. 20, § 1º, da CRFB/1988), imune à regra da não afetação (art. 167, IV, da CRFB/1988), podendo ser destinado a fundos e a todo um sistema de vinculações orçamentárias; e outro, de natureza tributária, imposto estadual com incidência exclusiva sobre operações envolvendo minerais (art. 155, § 3º, da CRFB/1988), compartilhado com Municípios, e que pode ser utilizado para custear gastos gerais, sem vinculação orçamentária.

⁹⁹ Já afirmamos, em outro trabalho, que “*a classificação que adotamos quanto à origem das receitas públicas é a seguinte:*

i) *Receita originária: aquela que tem origem no patrimônio do Estado, seja em regime consensual ou compulsoriamente;*
 ii) *Receita derivada: aquela que tem origem no patrimônio particular, obtida compulsoriamente;*
 iii) *Receita transferida: aquela arrecadada por ente político diferente daquele que utilizará o recurso financeiro, seja receita originária ou derivada.”* CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA, Tiago de Mattos. *CFEM: Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 36.

Trata-se de um desenho inteligente, que representa a possibilidade de financiamento adequado dos entes locais, mais próximos da atividade minerária, pensado do ponto de vista emergencial (gastos imediatos com a geração presente) e intergeracional (possibilidade de se criar sistema de vinculações e fundos para os *royalties*).

Segundo Moreira¹⁰⁰, os sistemas federais modernos tiveram sua inspiração na experiência norte-americana do século XVIII. Afirma que ligas e confederações já existiam nos Estados Unidos, mas a grande inovação federativa se deu na possibilidade de duas ordens de governo (central e local) exercerem, simultaneamente, soberania sobre os mesmos cidadãos e sobre os mesmos territórios.

Entre as características dos sistemas federais, que os distinguem de confederações e estados unitários, destacam-se (i) a União ser a única representante dos Estados-membros no plano internacional; (ii) a indissolubilidade do vínculo entre os Estados-membros; (iii) a existência de um ordenamento jurídico-constitucional único para União e Estados-membros; (iv) a participação dos Estados-membros nas decisões federais; (v) a autonomia financeira, administrativa, judiciária, legislativa e política dos Estados-membros.

Sobre a autonomia financeira, Moreira¹⁰¹ afirma se tratar do aspecto mais relevante da autonomia dos Estados-membros, porque, sem ela, as demais facetas dessa autonomia perdem sua efetividade. O autor lhe atribui três traços definidores, que são a independência (para não se sujeitar a outro ente na obtenção da receita), a suficiência (para que atenda às despesas públicas) e a eficiência (tributos mais adequados ao aspecto local).

Sampaio Dória¹⁰², em interessante histórico mundial das experiências federativas, demonstra que a atribuição de competências impositivas aos entes subnacionais se deu mediante repartição do poder tributário “uniforme e irrestritamente por todo o corpo político, estendendo-se a competência de União e Estados a quaisquer matérias circunscritas à sua jurisdição

¹⁰⁰ MOREIRA, André Mendes. O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias. In: MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 150.

¹⁰¹ MOREIRA, André Mendes. O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias. In: MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 157.

¹⁰² DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 14.

territorial”. Segundo o autor, houve, inicialmente, a duplicação ou multiplicação de incidências sobre as mesmas bases tributáveis, o que levou a “sérias consequências econômico-financeiras”, razão pela qual subseqüentes federações, como a argentina e a mexicana, “propuseram-se a iniciar uma distribuição de receitas por diferentes esferas de governo.”

De modo similar, o Brasil, na Constituição de 1988, preconizou como cláusula pétrea o federalismo, inclusive na sua forma fiscal, mediante dois traços marcantes: (i) atribuição de competências tributárias próprias a União, Estados e Municípios, refletindo materialidades distintas, evitando-se a sobreposição de bases; e (ii) a repartição do produto arrecadado, por um sistema de transferências diretas e fundos de repartição de receitas, no que Sampaio Dória¹⁰³ apontou como autonomia financeira do ente subnacional pelo critério da participação na arrecadação e em fundos.

A CRFB/1988 definiu os fins a serem perseguidos pelo Estado, notadamente o dirigismo estatal sobre a ordem econômica, a educação, a saúde, a segurança pública, a redução das desigualdades regionais, o combate à pobreza etc. Conforme Heleno Torres¹⁰⁴, para o atingimento desses fins, a Constituição disponibiliza “diversos meios e receitas a serem cobradas dentro de serviços próprios, [...], afora a autorização das despesas pelo orçamento”. A partir dessa premissa, o autor propõe uma teoria da Constituição Financeira, pela qual o poder financeiro estatal se submete à Constituição.

O federalismo, enquanto aspecto da Constituição político-federativa, dialoga com a Constituição financeira, fazendo surgir a figura do federalismo fiscal cooperativo. As fontes de receita pública criadas pela Constituição apresentam o desenho de um ente central compartilhando recursos com os entes periféricos, em um “financiamento centrífugo”¹⁰⁵, “em preferência sobre aquele ‘federalismo dual’, de reduzida colaboração ao mínimo indispensável”¹⁰⁶, tendo em vista a separação horizontal do poder entre União e Estados nessa acepção dual, em que exercem interdependência plena.

¹⁰³ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 21.

¹⁰⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. SP: RT, 2014, p. 61.

¹⁰⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. SP: RT, 2014, p. 244.

¹⁰⁶ TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDFFE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 26.

Conforme Sampaio Dória¹⁰⁷, o poder político, distribuído pelas camadas da federação, “encontra seu necessário embasamento na simultânea atribuição de poder financeiro, sem o qual pouco vale: autonomia na percepção de gestão e dispêndio das rendas próprias”. A preocupação com a equilibrada repartição de receitas públicas entre os entes federados, bem como de competências para realizar despesas que concretizem os fins constitucionais, permite falar em um federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio na Constituição de 1988.

Esse aspecto federativo, mediante transferência de receitas, se torna evidente no art. 20, § 1º, da CRFB/1988. Ele aponta que a maior parte do produto da arrecadação dos *royalties* seja compartilhada com Estados e Municípios, onde obviamente o povo brasileiro vive e demanda seus direitos fundamentais e para que seja feita a necessária diversificação da economia local, que não deve se tornar dependente da exploração de recursos esgotáveis por natureza.

Ademais, a participação no resultado da exploração é devida, conforme o § 1º, do art. 20, “no respectivo território” onde ela ocorra. Trata-se de critério relacionado a rigidez locacional dos recursos naturais não renováveis. Nessa perspectiva, compreende-se a opção constitucional por atribuir mais recursos financeiros aos locais da exploração econômica da atividade, distribuindo receitas onde a riqueza é gerada.

Os recursos naturais não renováveis foram amplamente distribuídos no território nacional. Há petróleo no Sudeste, Norte e Nordeste. Há minério e potenciais de energia hidráulica em toda parte, especialmente longe dos grandes centros industriais e urbanos.

Cumpra-se, assim, dois objetivos constitucionais: (i) primeiro, estimula a descoberta, pesquisa e exploração efetiva de recursos naturais não renováveis em todo o território nacional; e (ii) também demonstra o papel constitucional dos *royalties* em termos de financiamento centrífugo, traço marcante do federalismo cooperativo, mediante transferência do produto arrecadado para os “respectivos territórios” onde ocorra a exploração econômica, concretizando a redução de desigualdades regionais (art. 3º, III; art. 43; e art. 170, VII).

Ademais, a previsão constitucional de que o único imposto com feição preponderantemente arrecadatória (já que os impostos de importação e exportação possuem traço marcadamente extrafiscal) a incidir sobre minerais seja o ICMS demonstra a opção de privilegiar

¹⁰⁷ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 11.

os Estados e os Municípios (beneficiários de transferências do imposto estadual) no que se refere à mineração.

A transferência do ICMS para Municípios está prevista no art. 158, IV e respectivo parágrafo único da CRFB/1988. Determinou-se que 25% do produto da arrecadação do imposto do Estado será destinado às municipalidades, sendo (1) 65%, no mínimo, na proporção do valor adicionado (conhecido por VAF) nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; e (2) até 35% de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10% com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

A matéria é regulada pela Lei Complementar nº 63/1990, cujo § 2º, do art. 3º determina a inclusão na composição do VAF (i) das operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais; e (ii) as operações imunes do imposto, conforme as alíneas *a* e *b* do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea *d* do inciso VI do art. 150, da CRFB/1988.

O art. 6º da Lei Complementar nº 63/1990 autoriza os Municípios a “verificar os documentos fiscais que, nos termos da lei federal ou estadual, devam acompanhar as mercadorias, em operações de que participem produtores [...] em seus territórios”, sendo que os contribuintes, nos termos do § 1º, “serão obrigados, quando solicitados, a informar, às autoridades municipais, o valor e o destino das mercadorias que tiverem produzido”. Com isso, deu-se efetividade ao poder de fiscalizar para os entes municipais em relação à sua participação no ICMS.

Importa dizer que a vigente imunidade do ICMS nas exportações minerais (pós Lei Complementar nº 87/1996 e Emenda Constitucional nº 42/2003) não implica o esvaziamento do objetivo constitucional de que o imposto estadual seja instrumento de monetização de recursos minerais para Estados e Municípios. Isso porque a mineração brasileira, como visto, é ampla, abarcando ao menos 55 substâncias, sendo muitas delas comercializadas exclusivamente no mercado nacional, como os agregados para construção civil, água mineral, dentre outros.

Ademais, as *commodities* minerais presentes na pauta de exportação são vendidas no mercado interno, como o minério de ferro, o nióbio, o níquel etc., que são consumidos pela indústria nacional.

Dessa forma, há efetiva arrecadação de ICMS sobre operações com minerais, ao lado dos *royalties* (que incidem mesmo em exportações) cumprindo o desígnio constitucional relativo ao mecanismo de monetização de recursos naturais não renováveis, carreando recursos sobretudo aos cofres estaduais e municipais.

1.4.2. A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS (CFEM)

Feitas estas considerações sobre o *motivo* constitucional do § 1º, do art. 20, vale dizer que referido dispositivo assegurou aos entes federados participação no resultado da exploração mineral ou respectiva compensação financeira. Trata-se de uma regra de competência, que, por meio de reserva de lei, outorga ao Poder Legislativo uma opção (A ou B). Justamente por se tratar de uma opção, ela é limitada pelos contornos do que se pode optar por instituir. Isso significa três coisas¹⁰⁸:

- 1) Participação no resultado da exploração mineral não é a mesma coisa que compensação financeira. Se fosse, não haveria efetiva opção ao Poder Legislativo;
- 2) Logo, a participação no resultado da exploração mineral e a compensação financeira possuem traços conceituais rígidos, denotando, portanto, conceitos¹⁰⁹ definidos pela própria Constituição, e não tipos;
- 3) Isso significa que o Poder Legislativo, se pode escolher entre a participação no resultado e a compensação financeira, deve obediência aos limites constitucionais

¹⁰⁸ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. CFEM no consumo de minério: O.N. nº 7/2012 e o silêncio eloquente na Lei nº 13.540/2017. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton. CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (Coords.) *Estudos Sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 67.

¹⁰⁹ Segundo Misabel Derzi, enquanto os conceitos são erigidos como notas irrenunciáveis, fixas e rígidas, implicando limites expressos, tipos, por sua vez, no Direito, referem-se a estruturas abertas à realidade, flexíveis e graduais. A discriminação de competências tributárias, por exemplo, decorre da aplicação de conceitos, e não de tipos. Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 2007, p. 83-84.

impostos pelos seus respectivos conceitos. Seria diferente, por exemplo, se a Constituição dissesse ser assegurada, nos termos da lei, contrapartida pela exploração mineral. A expressão contrapartida, aberta e indeterminada, seria uma verdadeira “carta em branco” ao legislador, que poderia criar, nos limites do razoável e do proporcional, a exação que quisesse. Mas não foi isso o que ocorreu. A CRFB/1988 especificou os dois institutos cuja edição autorizou e, ao fazê-lo, delimitou conceitualmente seus contornos.

Dito isso, cumpre iniciar com a investigação da sua natureza jurídica.

1.4.2.1. A NATUREZA JURÍDICA DA CFEM

Quanto aos *royalties* instituídos pela Lei nº 7.990/1989, pode-se afirmar que sua natureza jurídica é de receita originária da União e transferida para os demais entes federados, conforme estudo específico publicado sobre o tema¹¹⁰. Ainda que se trate de tema superado e fartamente analisado, vale repisar alguns pontos essenciais.

Em primeiro lugar, é preciso abordar a questão da classificação das receitas públicas, porque a divergência doutrinária existente quanto à natureza jurídica da CFEM pode ser entendida a partir da adoção de premissas distintas sobre essa classificação. Segundo Aliomar Baleeiro¹¹¹, receita pública é “a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto como elemento novo e positivo”.

O conceito de receita pública pressupõe a noção de entrada integrada ao patrimônio público de modo permanente. Por isso, há substancial diferença entre as meras entradas e as receitas públicas. Regis Fernandes de Oliveira¹¹² ensina, nesse sentido, que nem todo ingresso constitui receita. Ao lado das entradas provisórias, há as definitivas, ou seja, as que advêm do

¹¹⁰ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA, Tiago de Mattos. *CFEM: Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

¹¹¹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciências das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152.

¹¹² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 126-127.

poder construtivo do Estado sobre o particular (tributos ou não). Tais entradas são definitivas, daí tomarem o nome de receita.

Dessa forma, o critério para diferenciar uma mera entrada (ou ingresso) de receita é o modo com que tal parcela se incorpora ao patrimônio público: sendo em caráter provisório, sob condição ou suprimindo correspondência no passivo (indenização, por exemplo), não será receita; sendo incorporada em definitivo, como elemento novo e positivo, será receita pública. A lição de Kiyoshi Harada¹¹³ arremata a questão:

O importante é deixar claro que o conceito de receita pública não se confunde com o de entrada. Todo ingresso de dinheiro aos cofres públicos caracteriza uma entrada. Contudo, nem todo ingresso corresponde a uma receita pública. Realmente, existem ingressos que representam meras “entradas de caixa”, como cauções, fianças, depósitos recolhidos ao Tesouro, empréstimos contraídos pelo poder público etc., que são representativos de entradas provisórias que devem ser, oportunamente, devolvidas.

Ricardo Lobo Torres¹¹⁴ destaca que há vários critérios para a classificação da receita pública. Porém, a classificação mais utilizada é a que as diferencia quanto à sua origem. Aliomar Baleeiro¹¹⁵ esclarece que a classificação das receitas públicas quanto à sua origem é inspirada na teoria clássica alemã, proposta pelo célebre economista Adolph Wagner. De acordo com essa teoria, classificam-se as receitas em originárias ou de economia privada; e derivadas ou de economia pública. As primeiras correspondem às receitas auferidas pelo Estado mediante a exploração de seus bens ou atividades comerciais, industriais ou de serviços, sempre sob o regime de Direito Privado. Já as segundas abrangem as receitas que o Estado auferem em virtude do seu poder de império¹¹⁶.

¹¹³ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 45.

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.

¹¹⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciências das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153.

¹¹⁶ Ainda que seja questionável a utilização da terminologia “poder de império” em um Estado Democrático de Direito, neste trabalho faz-se mera referência ao seu uso pela doutrina corrente, sem o objetivo de criticá-lo.

Em uma acepção mais ampla, pode-se identificar o poder de império com a noção de soberania no âmbito interno, conforme ensina Dalmo Dallari: “Não há, também, uma distinção muito nítida entre poder de império e soberania, havendo quem identifique o *imperium* com a soberania no âmbito interno, enquanto que outros entendem como poder de império o que se exerce sobre pessoas.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

Reis Friede bem explícita as expressões substantiva e material da soberania estatal: “No sentido substantivo (que alguns autores salientam como o principal), a *soberania* é também concebida, *termos políticos*, como o *poder*

A teoria alemã, que inspirou a doutrina brasileira, divide as receitas em originárias ou derivadas, a depender de dois fatores cumulativos: o primeiro, consistente na origem da receita (se do patrimônio público ou particular); e o segundo, consistente na natureza da obrigação que resultou no ingresso da receita (impositiva/compulsória ou contratual); em face dos regimes de Direito Público ou de Direito Privado. Nesse sentido é a explicação do fundamento da teoria alemã por Aliomar Baleeiro¹¹⁷:

Ela se funda na existência da aquisição compulsória em relação às receitas derivadas, o que as distingue das receitas originárias. Outro fundamento dessa divisão é a diferente origem de umas e de outras receitas: as originárias saem do próprio setor público, isto é, do patrimônio do Estado, ao passo que as derivadas são exigidas do patrimônio ou das rendas dos particulares.

Ricardo Lobo Torres¹¹⁸ ensina, igualmente, que a classificação das receitas

que goza de maior prestígio distingue entre receita derivada ou de direito público e a receita originária ou de direito privado: a receita derivada provém da economia do cidadão, sendo exigida através de um ato de império do Estado; a receita originária resulta da exploração do próprio patrimônio do Estado e se baseia no contrato.

Em outras palavras, resumindo a classificação proposta por Baleeiro e Lobo Torres com base na teoria alemã: sempre que a origem da receita remeter ao patrimônio do cidadão – receita derivada – estar-se-á diante de uma imposição estatal decorrente do seu poder de império; nesse caso, o surgimento da obrigação que determinou o ingresso da receita terá sempre origem numa lei, decorrente do regime de Direito Público. Por outro lado, sempre que a origem da

incontrastável de querer coercitivamente e de fixar competências (soberania como elemento de expressão última da plena eficácia do poder) [...].

Na expressão básica, de caráter material, a *soberania* pode ser ainda considerada como o pressuposto fundamental do Estado: é o *poder de império* (poder sobre todas as *coisas* no território pátrio) e o *poder de dominação* (poder sobre todas as *pessoas* no território pátrio), geradores, por sua vez, de um autêntico colorário de direitos e obrigações.” FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 62-63.

Acrescentamos que soberania não é apenas o poder coercitivo de imposição sobre coisas e pessoas, em sua expressão de poder de império. Há que se lembrar que, segundo a teoria democrática, a soberania se origina do próprio povo, que a transfere ao Estado, tornando-se este o seu titular (vide DALLARI, *op cit.*, p. 89). Assim, *o poder de império encontra os seus limites nos próprios fins do Estado Democrático de Direito*, relacionados ao bem comum.

¹¹⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciências das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154.

¹¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. v. IV: Os Tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 16.

receita remeter ao próprio patrimônio do Estado – receita originária – a obrigação que determinou o ingresso da receita terá origem em um acordo de vontades, decorrente do regime de Direito Privado. No primeiro caso, a obrigação será *ex lege*; no segundo, *ex voluntate*.

A teoria alemã não foi acatada integralmente pela jurisprudência brasileira, o que possui profunda repercussão na identificação da natureza jurídica da CFEM. Isso por não admitir que uma exação imposta com base no poder de império do Estado – ou seja, sem o consentimento do particular – mas que tenha origem no patrimônio público, seja considerada uma receita originária. Ao exigir a presença cumulativa dos fatores (i) origem no patrimônio público e (ii) existência de consensualidade ou acordo de vontades, para que reste configurada uma receita originária, esta teoria jogaria por terra a classificação da CFEM como receita originária.

Exatamente por não adotar a teoria alemã, tal como retratada por Aliomar Baleeiro, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar qual regime jurídico deveria ser aplicado à Taxa de Ocupação de Terrenos de Marinha – se regime público ou privado – pacificou o entendimento de que “não é simplesmente o fato de serem receitas patrimoniais, ingressos originários, que atraem as normas do Código Civil”¹¹⁹. Isso porque uma receita originária – assim qualificada, na visão do Superior Tribunal de Justiça, exclusivamente por ter origem no patrimônio do Estado – e que seja exigida com base no poder de império ou, melhor dizendo, compulsoriamente –, jamais poderia se submeter ao regime de Direito Privado, simplesmente por ser classificada como originária. O voto do Ministro Castro Meira no Recurso Especial nº 1.064.962/PE¹²⁰ deixa claro o exposto:

Embora as determinações do Código Civil sejam aplicáveis ao Estado, que muitas vezes atua como particular, em regime de direito privado, não devem ser consideradas no caso, já que as taxas de ocupação são receitas patrimoniais decorrentes de uma relação de direito administrativo, em que o Estado atua com seu *jus imperii*. Não se tratando, portanto, de relação jurídica disciplinada pelo Direito Privado, não deve o intérprete utilizar como técnica de integração uma regra proveniente desse segmento do sistema normativo, mas de regra correlata, que rege situação semelhante, dentro dos quadrantes do Direito Público.

¹¹⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1044320/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 17/08/2009.

¹²⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1064962/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/10/2008.

As premissas do voto do Ministro Castro Meira contrariam as premissas da teoria alemã. Para esta, a coação na obtenção das receitas, inerente ao poder de império do Estado ou à compulsoriedade inerente ao regime *ex lege*, seria atributo exclusivo das receitas derivadas. Já para o Superior Tribunal de Justiça, essa característica não alteraria a natureza jurídica da Taxa de Ocupação, que permaneceria sendo uma receita originária simplesmente por ter sua origem no patrimônio do Estado, a despeito de ser obtida compulsoriamente.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de se estar diante de uma contraprestação pelo aproveitamento de um bem estatal não permite concluir, automaticamente, que seja aplicável o regime de Direito Privado. Impõe-se perquirir a origem da obrigação de recolher dinheiro aos cofres públicos, que pode ser *ex voluntate* – caso em que a vontade do particular possui relevância para o surgimento da obrigação – ou *ex lege* – caso em que a vontade do particular é absolutamente irrelevante, já que a receita pública correspondente é obtida pelo *jus imperii* do Estado.

Por fim, Regis Fernandes de Oliveira¹²¹ aponta a existência de receitas transferidas, além das receitas originárias e derivadas. As receitas transferidas consistem em entradas que não são arrecadadas pela pessoa política que as vai utilizar. Trata-se de receita que ingressa no patrimônio de determinado ente federativo e que, por determinação legal (ou constitucional), é transferida a outro, que efetivamente a utiliza.

Em resumo, a classificação que parece mais adequada quanto à origem das receitas públicas é a seguinte: (i) receita originária é aquela que tem origem no patrimônio do Estado, seja em regime consensual ou compulsoriamente; (ii) receita derivada é aquela que tem origem no patrimônio particular, obtida compulsoriamente; e (iii) receita transferida é aquela arrecadada por ente político diferente daquele que utilizará o recurso financeiro, seja receita originária ou derivada.

Entre os defensores da tese de que a CFEM seria tributo, destacam-se Roque Carrazza¹²², Alberto Xavier¹²³ e Ives Gandra¹²⁴. Para todos, o elemento comum caracterizador da

¹²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 130.

¹²² CARRAZZA, Roque Antônio. Natureza jurídica da “compensação financeira pela exploração de recursos minerais”: sua manifesta inconstitucionalidade. In *Revista Justitia*, São Paulo, v. 57, n.º 171, 1995.

CFEM como tributo seria sua aparente subsunção ao conceito do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN). Essa premissa é equivocada e tem sua origem na adoção da teoria alemã (Wagner) quanto à classificação das receitas públicas, sem considerar a particular jurisprudência brasileira sobre o tema.

Isso significa que (i) o conceito de tributo é constitucional, ainda que não esteja explícito na CRFB/1988, sendo que o art. 3º do CTN deixou de expressar o fato de que tributo deve ser receita derivada, o que não se aplica à CFEM; (ii) e, em segundo lugar, o fato de se tratar de uma exação instituída por lei, exigida compulsoriamente (sendo irrelevante a vontade do particular), não significa necessariamente que se esteja diante de uma receita derivada, como visto também a partir dos esclarecimentos sobre a classificação das receitas públicas no Brasil.

O sistema constitucional tributário, na lição de Heleno Taveira Torres¹²⁵, tem o tributo como seu elemento de centralidade, a partir do qual se irradiam todos os regimes gerais e específicos tributários. Torres, sob o enfoque da segurança jurídica, defende que os regimes específicos trazidos pela CRFB/1988 fornecem a matéria de análise para a formação do conceito geral de tributo, ainda que não expressamente definido:

De há muito estamos convencidos de que são os regimes jurídicos típicos de cada uma das espécies tributárias previstos na Constituição que devem servir, por indução finalística, a compor o conceito constitucional de tributo. Não poderiam, as características tipológicas, vir colhidas na legislação infraconstitucional, pois isso seria um colapso da segurança jurídica em matéria tributária, na medida em que se estaria por dilapidar a rigidez constitucional em matéria reservada à Constituição. Isso, porém, não embota a utilizada da indução como método de qualificação do tributo a partir das notas comuns das espécies designadas na Constituição (impostos, taxas e contribuições).

Dado que a Constituição não oferece uma definição prévia de “tributo”, para assegurar a aplicação do regime constitucional tributário, por dedução hermenêutica, espécie a espécie, segundo os regimes reservados a cada um destes, deve o intérprete colher os elementos distintivos a partir destas espécies colecionadas no texto constitucional de tributo.

¹²³ XAVIER, Alberto. Natureza jurídica e âmbito de incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 29, 1998.

¹²⁴ MARTINS, Ives Gandra S. Natureza Jurídica da CFEM – inteligência das leis 7.990/89 e 8.001/90 – ilegalidade da Instrução Normativa 6/2000 – princípios da irretroatividade e da indelegabilidade do poder de legislar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 135, dez. 2006.

¹²⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 375.

Isso significa que o regime jurídico específico traçado pela CRFB/1988 para os impostos, taxas e contribuições é suficiente, via indução, para obter-se o conceito constitucional de tributo, em distinção às demais modalidades de receitas estatais. O magistério de Heleno Taveira Torres¹²⁶ assevera que se determinado ingresso no patrimônio público não se enquadrar no conceito de tributo, ou seja, em qualquer de suas espécies, de imediato, a consequência será a inaplicabilidade do regime tributário.

Apesar das diferenças básicas entre impostos, taxas e contribuições, evidenciadas nas respectivas regras de incidência, verifica-se, sim, que o regime constitucional delineado para cada uma dessas espécies tributárias demonstra o acerto parcial do art. 3º do CTN na conceituação de tributo. É dizer, todas essas espécies configuram prestações pecuniárias, instituídas por lei (obrigação *ex lege*) – daí serem compulsórias e cobradas mediante atividade administrativa plenamente vinculada – e que não constituem sanção de ato ilícito. Porém, há outra característica comum ao regime constitucional de impostos, taxas e contribuições: todas as espécies configuram receita derivada, elemento este que integra o conceito constitucional de tributo, ainda que não expressamente referido no art. 3º do CTN.

Importante ressaltar que a Lei nº 4.320/1964, que instituiu normas gerais de Direito Financeiro e foi recepcionada pela CRFB/1988, materialmente, como lei complementar¹²⁷, ao definir tributo, contemplou a necessidade de se tratar de “receita derivada instituída pelas entidades de direito público”.

Portanto, a CFEM não é tributo, porque o fato de se tratar de uma exação instituída por lei, exigida compulsoriamente, não significa necessariamente que se esteja diante de uma receita derivada, já que o motivo constitucional do § 1º, do art. 20 é monetizar recursos pertencentes à União (ainda que representando o povo brasileiro). E o conceito constitucional de tributo pressupõe que a origem da receita seja derivada do patrimônio particular (vide RE nº 228.800/DF). Dito em outras palavras, a CFEM é receita patrimonial, que tem origem no

¹²⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 376.

¹²⁷ “A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1726 MC, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 30-04-2004.

patrimônio da União, ainda que seja cobrada compulsoriamente. Por isso, não pode ter natureza tributária.

Também não é mera indenização, pelas razões já expostas: não se trata de simplesmente compensar perdas, danos ou impactos de qualquer espécie sofridos por Estados e Municípios, e sim de obter lucro, monetizando recursos naturais inertes e concretizando-os em direitos fundamentais para o seu titular, o povo brasileiro. Não se nega que a mineração – assim como qualquer atividade humana – cause impactos (lícitos) e que os *royalties* possam ser utilizados para compensá-los. Mas seria muito pouco pensar que sua função se restringe à indenização¹²⁸, quando visam na verdade a concretizar direitos fundamentais na sociedade.

Ademais, o instrumento que constitui imposição financeira a empreendimentos de mineração em razão do impacto ambiental (logo lícito, em contraponto ao dano ambiental, ilícito) é a compensação ambiental ou compensação do SNUC, prevista na Lei nº 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Essa compensação concretiza os princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador, conforme Lyssandro Norton¹²⁹:

A compensação ambiental prevista na Lei nº 9.985/00 — ou "compensação ambiental do SNUC", assim denominada na prática jurídico ambiental —, está diretamente relacionada ao licenciamento ambiental. Trata-se, com efeito, de mecanismo de compensação de impactos ambientais causados por atividade empreendedora através da arrecadação de recursos que viabilizarão, em última análise, o SNUC, mais especialmente o grupo de unidades de conservação de proteção integral.

[...]

Mesmo com a adoção de medidas visando a redução dos impactos ou a sua compensação por meio de ações por parte do empreendedor, subsistem, no curso do licenciamento ambiental, impactos residuais. São estes impactos que deverão ser objeto de prévia compensação ambiental do SNUC.

[...]

Tratando-se claramente de compensação de impactos ambientais decorrentes de atos lícitos, extrai-se a natureza jurídica da compensação ambiental do SNUC como reparação prévia de impactos ambientais futuros e certos.

¹²⁸ Outros fundamentos para tanto foram apresentados no trabalho: CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA, Tiago de Mattos. *CFEM: Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 56 ss.

¹²⁹ SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). In GOMES, Carla Amado (Coord.) *Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 196-218.

A doutrina financeira classifica o preço público como espécie de receita originária, sujeito ao regime de direito privado, porque a obrigação nasce de um acordo vontades (*ex voluntate*). Por essa razão, Raphael S. Rodrigues¹³⁰ afirma que “o preço público não é tributo, devendo ser considerado receita originária que é paga de forma voluntária”. A utilização do jus imperii estatal, ou da compulsoriedade, é incompatível com a bilateralidade imanente ao contrato, do qual nasce a obrigação de pagar o preço público. Luciano Amaro¹³¹ não diverge do exposto, afirmando que “o preço é obrigação contratual. O preço é, pois, obrigação assumida voluntariamente”.

Portanto, a CFEM também não se trata de preço público, por ausência de consentimento do particular, dado o caráter *ex lege* e compulsório da obrigação instituída pela Lei nº 7.990/1989¹³².

Apesar de seu nome denotar uma “compensação”, a natureza jurídica da exação instituída pela Lei nº 7.990/1989 é de receita originária (gênero), da espécie *sui generis* “participação nos resultados da exploração”, conforme definido pelo STF no RE nº 228.800/DF¹³³.

Naquele paradigmático julgamento, a Suprema Corte decidiu que a base de cálculo da exação (faturamento líquido) não é compatível com a noção de “compensação”, justamente porque não mensura nenhuma perda ou impacto¹³⁴. Ao contrário, tendo por base o faturamento,

¹³⁰ RODRIGUES, Raphael Silva. Taxa x Preço Público: distinção no sistema tributário nacional e na jurisprudência dos tribunais pátrios. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 50, 2011, p. 159.

¹³¹ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

¹³² Ministra Eliana Calmon, REsp nº 1.044.320/PE:

“*Em suma, não é simplesmente o fato de serem receitas patrimoniais, ingressos originários, que atraem as normas do Código Civil para constituição e cobrança de tais créditos, mas sim a relação jurídica que elas veiculam, se pública ou se privada é que deve nortear o intérprete na integração legislativa.*”

Ministro Castro Meira, REsp nº 1.064.962/PE:

“*Embora as determinações do Código Civil sejam aplicáveis ao Estado, que muitas vezes atua como particular, em regime de direito privado, não devem ser consideradas no caso, já que as taxas de ocupação são receitas patrimoniais decorrentes de uma relação de direito administrativo, em que o Estado atua com seu jus imperii. Não se tratando, portanto, de relação jurídica disciplinada pelo Direito Privado, não deve o intérprete utilizar como técnica de integração uma regra proveniente desse segmento do sistema normativo, mas de regra correlata, que rege situação semelhante, dentro dos quadrantes do Direito Público.*”

¹³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 228800, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16-11-2001.

¹³⁴ É certo que no RE nº 228.800/DF restou decidido que “A compensação financeira *se vincula*, a meu ver, não à exploração em si, mas aos *problemas* que gera”. Mas a prova de que sua finalidade não é *compensar* tais perdas é

quanto maior for a cotação de uma *commodity*, por exemplo, maior será o *royalty*. É dizer, se em dada competência um minerador lavar uma tonelada de minério e o vender, precificado a uma cotação internacional X, o *royalty* será uma fração desse valor; e, se em competência subsequente, a cotação aumentar Y%, ainda que seja lavrada a mesma uma tonelada, com o mesmo impacto socioambiental, o *royalty* arrecadado será Y% maior do que na competência anterior. Isso prova que se trata de um mecanismo que vai muito além da mera recomposição de perdas e que visa a dar lucro aos entes federativos para concretizar direitos fundamentais:

2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) *não corresponde ao modelo constitucional respectivo*, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, *é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração"* dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. (RE 228800, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 25/09/2001, DJ 16-11-2001) – (grifei)

Incide sobre o resultado da exploração mineral, conforme decidiu o STF no RE nº 228.800/DF, “entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração”. O Ministro Sepúlveda Pertence apresentou, ainda nesse ponto, um paralelo entre a CFEM e a Participação do Superficial, prevista no art. 176, § 2º, da CRFB/1988:

Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental – o que a L. 7.990/89 instituiu [...] *não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína “participação no resultado da exploração”*, entendido o resultado não como o lucro da explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, *interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1º, e a do art. 176, § 2º, da Constituição*, verbis:

“§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos *resultados da lavra*, na forma e no valor que dispuser a lei.”

Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6º da L. 7.990/89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento. – (grifei)

justamente a afirmação de que sua base de cálculo não as mensura: “Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental – o que a L. 7.990/89 instituiu [...] ~~*não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína “participação no resultado da exploração”*~~”.

A lógica é simples: sendo a CFEM a contrapartida que se paga pela exploração econômica de um bem da União (recurso mineral), a sua incidência se dá apenas sobre aquilo que resulta da atividade mineral. O conceito de lavra mineral foi positivado no art. 36, do Código de Mineração, partindo da extração até a última etapa do beneficiamento, logo, antes da transformação industrial.

Isso significa que os limites para a incidência da CFEM foram definidos pela CRFB/1988, no art. 20, § 1º (resultado da lavra). A Constituição proibiu sua incidência sobre qualquer grandeza incorrida após a última etapa do beneficiamento mineral¹³⁵.

A opção constitucional é acertada. Seria teratológico instituir uma contrapartida financeira pela utilização de recurso mineral a partir de grandeza mensurada sobre algo que não é minério, tais como produtos metalúrgicos ou siderúrgicos, bem como as despesas com frete e seguro, incorridas na venda do produto acabado, isto é, após encerrado o beneficiamento mineral, e com os tributos que compõem o faturamento.

Por outro lado, o “resultado” que a Constituição determina ser base de cálculo da CFEM somente pode ser aquele efetivamente realizado pelo minerador. Não é admissível que o *royalty* seja calculado sobre aproveitamento econômico inexistente ou fictício.

Em resumo, os limites constitucionais para a incidência da CFEM são:

1. No plano da hipótese de incidência

A materialidade que enseja o surgimento da obrigação implica que a incidência ocorra apenas:

- a) sobre o aproveitamento econômico de minério;
- b) que seja efetivamente realizado pelo minerador.

2. No plano da base de cálculo

A incidência se dá tão somente sobre o resultado da lavra. Por isso, não se admite a inclusão, em sua base:

¹³⁵ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Limites constitucionais para a incidência da CFEM: o conceito de resultado da lavra e a sua violação pela Lei nº 13.540/2017. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 259.

- a) de valores realizados após a última etapa do beneficiamento mineral, quando se obtém produto acabado (frete, seguro e tributos incidentes sobre a venda);
- b) e que não digam respeito ao resultado financeiro efetivamente realizado pelo minerador com a lavra, tais como resultados inexistentes ou fictícios.

O art. 20, § 1º, da CRFB/1988 proíbe que a CFEM incida (i) sobre o que não for minério; e (ii) sobre aquilo que não diga respeito estritamente ao resultado da lavra, delimitado pelo final do processo produtivo, quando se obtém o minério acabado, que será transacionado.

1.4.2.2.A REGRA DE INCIDÊNCIA DA CFEM

A Lei nº 7.990/1989 criou a exação e dispôs que a obrigação de recolher a CFEM surge, para o detentor do Direito Minerário, quando verificado o aproveitamento econômico dos recursos minerais, configurando-se a sua hipótese de incidência até a última etapa do processo de beneficiamento e antes de sua transformação industrial.

O critério temporal da hipótese de incidência, por sua vez, foi eleito como a saída por venda do produto mineral. Apesar de se considerar ocorrido o fato gerador da CFEM (critério temporal) com a venda, o art. 15, do Decreto nº 01/1991, equiparou-o ao consumo ou utilização da substância mineral, em qualquer estabelecimento do minerador.

A relevância na identificação do critério temporal da hipótese de incidência consiste em ser este o momento em que são fixados todos os elementos da relação jurídica fiscal entre minerador e a União, como a base de cálculo.

De fato, a norma instituidora da CFEM pretende evitar que se considere como critério temporal da sua hipótese de incidência a venda de mercadoria distinta de produto mineral, ou seja, mercadoria que seja resultado da transformação industrial do produto mineral, tais como ligas metálicas ou quaisquer outras mercadorias resultantes da modificação da natureza da substância mineral (conceito de transformação previsto no art. 4º, I, do Regulamento do IPI – Decreto nº 7.212/2010), isto é, a obtenção de “nova espécie” de produto, como bem definiu a Lei nº 13.540/2017.

Por isso, visando a regulamentar o art. 6º, da Lei nº 7.990/1989 (que dispôs que o fato gerador da CFEM ocorre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial) o inciso III, do art. 14, do Decreto nº 01/1991 discrimina o que pode ser considerado beneficiamento da substância mineral (por exemplo, fragmentação, pulverização, classificação, concentração etc.), mas ressalva: “desde que não resulte na descaracterização mineralógica das substâncias minerais processadas ou que não impliquem na sua inclusão no campo de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)”.

A referida norma elenca dois critérios que antecipam o fato gerador da CFEM ao momento da saída do produto mineral, configurando o consumo da substância no processo produtivo: a descaracterização mineralógica ou a sua inclusão no campo de incidência do IPI.

Diante desse contexto normativo, pode-se afirmar que o fato gerador da CFEM ocorre quando verificado o aproveitamento econômico da substância mineral (critério material da hipótese de incidência), praticado pelo detentor do Direito Minerário autorizativo daquele aproveitamento (critério pessoal).

E isto ocorrerá (i) na primeira saída por venda do produto mineral, realizada pelo titular do Direito Minerário; ou, havendo o consumo da substância pelo titular, na (ii) descaracterização mineralógica; (iii) ou na industrialização da substância, sujeitando-a ao campo de incidência do IPI, ainda que à alíquota 0%.

Isto é, a CFEM incide sobre o resultado da atividade de mineração, conforme decidiu o STF no RE nº 228.800/DF. Como visto, os limites para a incidência da CFEM foram definidos pela CRFB/1988, no art. 20, § 1º (resultado da lavra), proibindo-se sua incidência sobre qualquer grandeza incorrida após a última etapa do beneficiamento mineral.

A caracterização do consumo de minério, enquanto fato gerador da CFEM, nos moldes determinados pelo Decreto nº 01/1991 – antes e depois da Lei nº 13.540/2017 –, pode se dar por dois critérios *alternativos*:

- a) Um critério de *presunção* que opera em favor do minerador, consistente na inclusão da substância no campo de incidência do IPI.

- b) E um critério de *prova*, que deve ser utilizado quando a presunção não puder ser verificada em concreto (notação “NT” na TIPI), consistente na demonstração da descaracterização mineralógica (transformação industrial).
- c) Por consequência da locução “ou”, presente no Decreto nº 01/1991, os critérios supra, de presunção *ou* de prova, são alternativos. Logo, não se exige a presença concomitante de ambos, isto é, da inclusão da substância no campo de incidência do IPI e a prova da descaracterização mineralógica. Basta demonstrar o primeiro critério, de presunção, para que se defina o momento de incidência da CFEM e, por consequência, a base de cálculo da exação.

A grande modificação introduzida pela Lei nº 13.540/2017, nesse aspecto, foi: (i) a exclusão do termo “descaracterização mineralógica”, como hipótese de consumo; e (ii) a sua conceituação como “obtenção de nova espécie”, o que equivale à transformação industrial, nos termos do art. 4º, I, do Regulamento do IPI. A novidade não é tão relevante, na medida em que toda descaracterização mineralógica já implicava processo de transformação industrial.

Apesar disso, a nova regra implica significativo ganho a operações que comportam controvérsia técnica, em razão da descaracterização mineralógica. É que a descaracterização mineralógica foi considerada regra ineficaz para a incidência da CFEM a partir da Orientação Normativa DNPM nº 07/2012. Superando-se esse termo, e substituindo-o pela transformação industrial – que o abarca –, supera-se também a controvérsia anterior sobre sua eficácia. A Lei nº 13.540/2017 caminhou bem ao excluir os processos industriais de sinterização¹³⁶, calcinação e coqueificação do conceito de beneficiamento mineral. É que há laudos técnicos atestando a descaracterização mineralógica nos referidos processos¹³⁷.

A exposição de motivos da MP nº 789, convertida na Lei nº 13.540/2017, deixa claro que a alteração decorre dos “múltiplos questionamentos judiciais – inclusive no tocante à própria

¹³⁶ É criticável que a Lei nº 13.540/2017 tenha excluído a *sinterização* do conceito de beneficiamento e mantido a *pelotização*. Os processos são muito similares, variando tão somente o insumo (*pellet feed*, na pelotização; e *sinter feed*, na sinterização).

¹³⁷ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. CFEM no consumo de minério: O.N. nº 7/2012 e o silêncio eloquente na Lei nº 13.540/2017. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton. CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (Coords.) *Estudos Sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

natureza jurídica do instituto –, que tornaram vulnerável a implementação dos textos legais específicos, comprometendo a realização efetiva do potencial de arrecadação da compensação [...]”. As principais alterações são:

Hipótese de incidência:

- (i) A saída por venda, entre empresas coligadas/integrantes de um mesmo grupo econômico, pode ou não configurar fato gerador da CFEM. Se configurar, sua base será no mínimo o “preço corrente”. Se não configurar, o fato gerador será praticado pela empresa vinculada que adquirir o bem mineral, por venda ou consumo, o que ocorrer primeiro, mas o recolhimento deve ser feito pela empresa titular do Direito Minerário.
- (ii) O consumo deixa de contemplar a expressão “descaracterização mineralógica”, tida pelo extinto DNPM como de eficácia limitada, e passa a ser conceituado como “a utilização de bem mineral [...] em processo que importe na obtenção de nova espécie”, o que equivale à transformação industrial, conforme a legislação do IPI.
- (iii) Os processos industriais de sinterização, calcinação e coqueificação foram excluídos do conceito de beneficiamento mineral.
- (iv) O beneficiamento de minério em estabelecimento de terceiros passa a configurar a incidência da CFEM pela hipótese de consumo. Trata-se de uma regra “anti-maldição”, com objetivo extrafiscal de estimular a cadeia de prestadores de serviço de industrialização por encomenda na mineração, mediante a redução da base de cálculo da CFEM – que, em outra circunstância, não teria seu fato gerador antecipado em caso de mero beneficiamento mineral.

Base de cálculo:

- (i) Na venda, passa-se a adotar a receita bruta, deduzidos apenas os tributos que incidiram sobre a comercialização, sendo vedada, em absoluto, a dedução das despesas com frete e seguro, antes autorizada.

- (ii) Toda e qualquer exportação – e não apenas aquelas destinadas a vinculadas e a empresas situadas em paraísos fiscais –, sujeita-se a teste pelo Preço sob Cotação nas Exportações (PECEX), vide Lei nº 9.430/1996, ou pelo valor de referência, a ser fixado pela Agência Nacional de Mineração, sendo estas as bases mínimas da CFEM nas exportações.
- (iii) No consumo, a CFEM será calculada conforme metodologia que se aproxima ao valor de mercado do bem mineral, e não mais o custo de produção, a ser regulamentada por Decreto presidencial e pela ANM, que fixará o valor de referência de cada bem mineral.
- (iv) Benefício de redução do valor a pagar de CFEM, em 50%, na venda de rejeitos e estéreis "de minerais associados utilizados em outras cadeias produtivas".

Alíquotas:

- (i) Majoração para minério de ferro, mediante alíquota fixa de 3,5%.
Excepcionalmente, mediante requerimento individual formulado à ANM com base em critérios a serem fixados em Decreto Presidencial, a alíquota poderá ser reduzida para até 2%, com o objetivo de garantir a aproveitabilidade econômica de jazidas de baixo desempenho e rentabilidade em razão do teor, escala de produção, pagamento de tributos e número de empregados.
- (ii) Majoração para nióbio, mediante alíquota de 3%.
- (iii) Majoração para diamante, pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres, à alíquota de 2%.
- (iv) Majoração para ouro, inclusive quando extraído mediante Permissão de Lavra Garimpeira, à alíquota de 1,5%.
- (v) Redução para rochas, areias, cascalhos, saibros e demais substâncias minerais quando destinadas ao uso imediato na construção civil; rochas ornamentais; águas minerais e termais, mediante alíquota de 1%.

Vê-se que as alíquotas da CFEM foram definidas de modo pouco transparente. Algumas substâncias, como minério de ferro, diamante e pedras preciosas, possuem alíquota mais altas, no que se pode entender que o legislador presumiu que as transações envolvendo essas substâncias revelem maior capacidade contributiva. Ao passo que operações com agregados para a construção civil e águas minerais possuem alíquotas mais baixas, no que também se infere uma possível intenção de reduzir a exação para transações presumidamente de menor conteúdo econômico.

Ou seja, trata-se de uma aparente lógica de justiça fiscal. Mas seria esse o critério mais adequado – variação por substância – para realizar esse valor? Não seria mais eficiente que as alíquotas fossem progressivas conforme critérios subjetivos (i) do minerador ou (ii) da transação em si? Afinal, pode haver mineradores de ferro de pequeno porte, e grandes empresas comercializadoras de agregados para a construção civil e água mineral.

Outra hipótese seria a preocupação do legislador com o efeito da CFEM em bens e serviços essenciais, denotando possível seletividade pelo critério da essencialidade. Mas, se for este o caso, qual seria a diferença entre os agregados para a construção civil e o minério de ferro comercializado para a siderurgia nacional? Ambos repercutirão no preço da construção civil, gerando efeito inflacionário, repercutindo no consumidor final. Isso também vale para o nióbio, que é utilizado em ligas metálicas aplicadas em construção civil e em inovação tecnológica nacional. Será preciso refletir mais detidamente sobre a melhor forma de se mensurar as alíquotas da exação.

A Lei nº 13.540/2017 define a base de cálculo no consumo como a receita bruta calculada, considerado o preço corrente do bem mineral, ou de seu similar, no mercado local, regional, nacional ou internacional, conforme o caso, ou o valor de referência, definido a partir do valor do produto final obtido após a conclusão do respectivo processo de beneficiamento. O § 10, do novo art. 2º, da Lei nº 8.001/1990, dispõe que a ANM decidirá, para cada bem mineral, se o critério será o preço corrente ou o valor de referência.

Em um primeiro momento, o Decreto nº 9.252, publicado em 29 de dezembro de 2017, estabeleceu a metodologia de cálculo para o valor de referência, o qual é obtido pela seguinte fórmula: *Valor de referência = Valor de produção x Fator de ajuste.*

O valor de produção representa a “soma das despesas operacionais e administrativas, diretas e indiretas, incorridas até a última etapa de beneficiamento do bem mineral”. Ou seja, é o custo de produção incorrido até o momento em que o minério é transformado em outra espécie de produto. O fator de ajuste, por sua vez, consiste em “índice estabelecido por meio de ato da entidade reguladora do setor mineração, por meio de tabela, para cada substância mineral”.

Posteriormente, em 26.03.2018, foi publicada a Portaria do Diretor-Geral do DNPM nº 239, a qual definiu: (a) que a alíquota da CFEM incidirá sobre o valor de referência para as substâncias minerais relacionadas em seu Anexo, conforme metodologia do Decreto nº 9.252/2017; (b) os fatores de ajuste mencionados no Decreto nº 9.252/2017, com suas respectivas faixas de enriquecimento, para cada bem mineral relacionado no Anexo; (c) o fator de ajuste selecionado incide sobre o custo de produção, podendo reduzi-lo em 10%, mantê-lo como base de cálculo ou majorá-lo em 10%; (d) para as demais substâncias minerais, não listadas no Anexo, a CFEM incidirá sobre “o preço corrente do bem mineral, ou de seu similar, no mercado local, regional, nacional ou internacional, conforme o caso”; (e) na hipótese de inexistir preço corrente no mercado, o interessado poderá requerer à entidade reguladora do setor, de forma devidamente justificada, a inclusão de substância mineral no Anexo da Portaria; ou seja, a aplicação da base “valor de referência”.

A Lei nº 13.540/2017, (1) além da inconstitucionalidade ao vedar a dedução das despesas com frete e seguro na comercialização do produto mineral, imputando o *royalty* mineral não apenas sobre o valor do minério, mas sobre tais despesas adicionais de logística de venda, que nada dizem respeito ao motivo constitucional do art. 20, § 1º, também afronta a Constituição ao estabelecer (2) outra base no consumo que não o custo de produção e (3) a aplicação do PECEX em quaisquer exportações, mesmo para empresas não vinculadas.

1.4.2.3. INCONSTITUCIONALIDADES NA LEI Nº 13.540/2017

Como exposto, a CFEM incide sobre o resultado da exploração mineral, conforme decidiu o STF no RE nº 228.800/DF, “entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração”. O Ministro Sepúlveda Pertence apresentou, ainda

nesse ponto, um paralelo entre a CFEM e a Participação do Superficiário, prevista no art. 176, § 2º, da CRFB/1988, afirmando que “exploração mineral” equivale à “lavra mineral”. Esse esclarecimento foi importante, tendo em vista que, em mineração, a exploração corresponde, no rigor técnico, à pesquisa mineral. Como não é coerente com o a norma do art. 20, § 1º cobrar CFEM nessa fase, o Ministro acertou ao compreender que o sentido da norma está fundado no conceito de “lavra mineral”.

O conceito de lavra mineral foi positivado no ordenamento jurídico antes da promulgação da CRFB/1988, tendo sido, portanto, por ela pressuposto. Trata-se do art. 36, do Código de Mineração, pelo qual a lavra corresponde ao conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais da extração até a última etapa do beneficiamento, logo, antes da transformação industrial.

Sendo esse o conceito de lavra mineral, e considerando que o art. 20, § 1º da CRFB/1988 encontra seus limites nesse conceito, conclui-se que referida norma proibiu sua incidência sobre qualquer grandeza incorrida *após* a última etapa do beneficiamento mineral, que é quando termina a lavra.

A opção constitucional é acertada. Seria teratológico instituir uma contrapartida financeira pela utilização de recurso mineral a partir de grandeza mensurada sobre algo que não é minério, tais como produtos metalúrgicos ou siderúrgicos, bem como as despesas com frete e seguro, incorridas na venda do produto acabado, isto é, após encerrado o beneficiamento mineral, e com os tributos que compõem o faturamento.

Por outro lado, o “resultado” que a CRFB/1988 determina ser base de cálculo da CFEM somente pode ser aquele efetivamente realizado pelo minerador. Não é admissível que o *royalty* seja calculado sobre aproveitamento econômico inexistente ou fictício, sob pena de se frustrar seu motivo constitucional.

Como visto, a Lei nº 13.540/2017 impediu a dedução das despesas com frete e seguro ao se apurar a CFEM pelo fato gerador “venda”. Mas a dedução de tais despesas, autorizada

desde 1989, não era um favor fiscal. Tratava-se de uma explicitação normativa das limitações constitucionais para a incidência da CFEM¹³⁸.

Aliás, o art. 4º, da Lei nº 4.425/1964 determinou que o IUM incidiria sobre a base “valôres unitários constantes de pauta anualmente fixada pelo Departamento das Rendas Internas do Ministério da Fazenda”. E o relevante aqui é que o § 3º, do mesmo art. 4º, dispôs que a fixação do referido valor em pauta (base de cálculo) deveria ser líquido das despesas com transporte e seguro no escoamento do minério. Ou seja, desde o IUM, até a MP nº 789/2017, nunca houve cobrança de exações específicas sobre a mineração que exigiam a inclusão de frete e seguro em sua base de cálculo.

A legitimar a Lei nº 13.540/2017, no que tange à vedação integral da dedução do frete e do seguro, a CFEM incidirá sobre grandezas que revelam aproveitamento econômico de minério (custo de produção acrescido da margem de lucro), somadas a todas as despesas com transporte e seguro, realizadas após o término da produção.

Isso não corresponde ao modelo constitucional previsto no art. 20, § 1º, da CRFB/1988, tampouco foi autorizado pelo STF, no RE nº 228.800/DF. Prova do exposto é o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, cuja transcrição deve ser reiterada: “tendo a obrigação [...] a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento.” Não se admite que todo o faturamento seja gravado pela exação, mas tão somente a fração representativa da materialidade objeto do royalty, qual seja, custo de produção acrescido de margem de lucro:

Aproveitamento econômico de minério:

- Custo de produção
- Margem de lucro

Grandezas que não representam aproveitamento econômico de minério, mas que impactam o preço no ato da venda:

- Tributos incidentes sobre a venda

¹³⁸ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Limites constitucionais para a incidência da CFEM: o conceito de resultado da lavra e a sua violação pela Lei nº 13.540/2017. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

- Frete, seguro e outras despesas logísticas

Por isso não se pode validar o art. 2º, da Lei nº 13.540/2017, no que tange à vedação para dedução do frete e do seguro nas operações de venda de minério. Tomando por base uma hipotética Nota Fiscal de R\$ 150,00, esse valor poderia ser decomposto da seguinte forma:

- a) R\$ 60,00 = custo de produção.
- +
- b) R\$ 20,00 = margem de lucro.
- = Valor do minério
- +
- c) R\$ 20,00 = ICMS, PIS e Cofins
- +
- d) R\$ 50,00 = Frete e seguro

Aplicando-se o art. 2º, da Lei nº 13.540/2017, em vez de deduzir os R\$ 70,00 que representam a soma de ICMS, PIS, Cofins mais frete e seguro, a mineradora poderia deduzir apenas R\$ 20,00, já que a dedução de R\$ 50,00, a título de frete e seguro, foi proibida. Com isso, a CFEM incide, na vigência da Lei nº 13.540/2017, sobre R\$ 80,00 (custo de produção, mais margem de lucro = valor do minério) e sobre R\$ 50,00 (frete e seguro), que nada diz respeito à materialidade da exação.

O assunto não chegou aos Tribunais Superiores, mas há decisões sendo proferidas em todos os sentidos no Poder Judiciário¹³⁹. A mais relevante, que validou a vedação em comento,

¹³⁹ Em sentido da inconstitucionalidade, é ver a sentença proferida pelo Juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais nos autos do Mandado de Segurança nº 1022890-30.2019.4.01.3800: “A partir do momento em que se veda a dedução de despesas de transporte (frete) e de seguros, tal como fez a Lei 13.540/17, a CFEM incide sobre não só sobre grandezas que revelam aproveitamento econômico do minério, mas sobre outras bases, a impor sua inconstitucionalidade parcial. 3. Em face do exposto, confirmo a liminar e concedo a segurança para, reconhecendo a inconstitucionalidade da referida exigência após as alterações promovidas pelo art. 2º da Lei 13.540/17, declarar a inexigibilidade da CFEM incidente sobre a fração a receita referente a valores recebidos a título de despesas com transportes/fretes e seguros.”

foi proferida pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁴⁰, em incidente de arguição de inconstitucionalidade:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE MINERAIS - CFEM. BASE DE CÁLCULO. LEI 13.540/2017. ABRANGÊNCIA DO TERMO "PARTICIPAÇÃO NO RESULTADO DA EXPLORAÇÃO". AUSÊNCIA DE CONSIDERAÇÃO DEMARCATÓRIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. OBEDIÊNCIA AOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade, suscitado pela Terceira Turma deste TRF da 5ª Região, decorrente de remessa oficial e apelação interposta pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM contra a sentença proferida em sede de ação mandamental pelo Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, a Paraíba, que concedeu a segurança, determinando que a autoridade impetrada se absteresse de exigir o recolhimento da CFEM sobre o valor das despesas de transporte e as de seguros. [...] 10. A inconstitucionalidade ora objeto de análise se reporta à alteração posterior da base de cálculo, que teve a sua abrangência estendida, eis que deixou de ser o "faturamento líquido resultante da venda do produto mineral" (Lei nº 7.990/89) para assumir o perfil de "receita bruta de venda" após a alteração promovida pela Lei nº 13.540/2017. 11. A questão que emerge a partir da alteração acima aludida consiste em perquirir se o § 1º do art. 20 da CRFB/88 autoriza que a CFEM utilize como base de cálculo grandeza que, para além de se reportar especificamente aos ingressos oriundos da exploração, também incida sobre despesas necessárias ao desempenho das atividades econômicas da empresa concessionária (despesas com transporte e seguros). [...] 17. Dessa forma, ainda que a redação original da lei que instituiu a CFEM faça expressa ressalva dos valores relativos a despesas realizadas com transportes e seguros no seu cômputo, a posterior redação, apesar de não mais fazer remissão à dedução das referidas despesas, não excede os limites semânticos do conceito de participação no resultado da exploração do recurso mineral. 18. Isso porque, se por um lado os valores relativos aos gastos realizados com transportes e seguros se configuram como custos da atividade empresarial da concessionária, por outro o seu impacto negativo será revertido no decorrer das etapas da cadeia produtiva, haja vista o seu incremento como elemento componente do preço final ao consumidor. 19. Ademais, avulta ressaltar que, nada obstante a apuração do resultado implique na diferença entre a receita auferida e as despesas realizadas, sendo possível a ocorrência de saldo positivo ou negativo nessa operação, não se cogita que à entidade federativa seja imputada a assunção de prejuízos porventura apurados, mormente tendo em vista que a participação alvitrada no texto constitucional tem o sentido de "associação de benefícios". 20. Disso resulta que, ao mencionar a participação no resultado da exploração, a CRFB/88 está se referindo ao acréscimo patrimonial advindo dessa atividade, eis que esse valor melhor representa o compartilhamento do proveito econômico estabelecido (fração de uma vantagem econômica), pelo que a adoção da nova base de cálculo realiza com mais precisão esse propósito. 21. Registre-se, ainda, que o dispositivo constitucional em destaque não fez nenhuma consideração demarcatória da participação no resultado da exploração em comento, pelo que desponta

¹⁴⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. TRF 5ª Região. Processo: 08038142820184058100, Apelação, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), Pleno, Julgamento: 17/06/2020.

evidente a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, desde que não discrepe dos padrões de razoabilidade/proporcionalidade que devem nortear a confecção da lei, de forma a evitar atuação desmedida no exercício da competência legislativa. 22. Desse modo, ao estabelecer a "participação no resultado da exploração" como parcela do proveito econômico originário da atividade extrativa, o constituinte necessariamente vinculou a receita patrimonial aos ingressos oriundos do exercício da empresa, pelo que desponta razoável a base de cálculo utilizada, eis que representa ingresso na qualidade de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições, advindo da aludida atividade econômica. 23. É dizer, ainda que a base de cálculo alterada tenha agravado a situação do sujeito passivo, ela não deixou de observar a interdependência existente entre os preços de mercado dos minérios e o valor arrecadado pela CFEM, de modo a preservar a estabilidade da relação "disponibilidade (escassez) X renda proporcionada" e, em vista disso, resguardar a aptidão do primeiro para coordenar a alocação de recursos econômicos. [...] 25. Arguição rejeitada. (TRF 5ª Região. Processo: 08038142820184058100, Apelação, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), Pleno, Julgamento: 17/06/2020) – (grifei).

Da leitura do voto de relatoria, chama a atenção se ter afirmado que a CRFB/1988 não teria “descido a minúcias” quanto ao conceito de “resultado da exploração mineral”, razão pela qual não haveria na Lei 13.540/17 violação ao art. 20, § 1º da CRFB/1988. Como destacado na ementa acima, “o dispositivo constitucional em destaque não fez nenhuma consideração demarcatória da participação no resultado da exploração em comento, pelo que desponta evidente a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional”. Afirmou que haveria inconstitucionalidade se a lei elegeisse uma materialidade totalmente alheia ao resultado da mineradora para cobrar a CFEM, citando como exemplo o valor da sua propriedade imobiliária. Mas que inexistiria na Constituição uma definição de limites ao legislador que o impedisse de fazer com que a CFEM incidisse sobre rubricas componentes da receita bruta.

Admitir o referido argumento do relator implicaria dizer que, como a Constituição também não teria “descido a minúcias” quanto aos conceitos de (i) folha de salários, (ii) serviço, (iii) faturamento, (iv) receita, (v) mercadoria etc., haveria ampla liberdade ao legislador infraconstitucional para gravar essas materialidades como bem entendesse. Não há nenhuma relevância no fato de a CFEM não ser tributo, para validar essa conclusão.

As regras constitucionais que outorgam competências o fazem mediante a eleição de signos, que, exatamente quando não são expressamente conceituados pela Constituição, pressupõem pretéritos processos objetivos de argumentação que os tenham definido. Exatamente por isso é que tais signos, quando invocados pela CRFB/1988, devem ser interpretados conforme

o seu sentido (i) já existente no sistema jurídico, seja pela positivação do conceito ou pela atividade interpretativa da jurisprudência e até mesmo da doutrina; (ii) ou, ainda que inexistente no direito, pelo seu sentido léxico ou técnico. Isso é amplamente observado na jurisprudência do STF.

No caso, o conceito de “lavra”, cujo resultado se grava pela CFEM, encontra-se positivado no art. 36, do Código de Mineração que sequer foi citado no voto. Então não há como admitir como correta a premissa adotada no julgamento em referência. Ignorou-se que, no cerne da regra de competência para a criação da exação, há um conceito, o de lavra mineral, que deveria ter sido observado.

Ainda nesse ponto, expressou-se novo voto vencedor que a base eleita pela Lei nº 13.540/2017 permitiria que a CFEM gravasse adequadamente a “oscilação de preços” do minério, sem que o equilíbrio dessa equação fosse alterado pela imputação das despesas com frete e seguro em sua base.

Esse ponto também parece equivocado. Vedar a dedução das despesas com frete e seguro, especialmente para determinadas substâncias, como o calcário (objeto daquele julgamento), faz com que a CFEM incida proporcionalmente mais sobre frete e seguro do que sobre o valor do minério lavrado, na medida em que o minério calcário é mais barato que o transporte¹⁴¹. De todo modo, trata-se de gravar materialidade alheia ao “valor do minério”, passando-se admitir que a CFEM incida sobre preços de operações de transporte e de seguro, que não dizem respeito ao objeto do art. 20, § 1º, da CRFB/1988.

No dia 8 de julho de 2022, os Recursos Especial e Extraordinário interpostos no caso em referência foram admitidos pelo TRF da 5ª Região, gerando grande expectativa quanto ao seu julgamento pelos Tribunais Superiores.

Os gastos com frete e seguro na etapa de comercialização são necessariamente de *produto mineral*, substância acabada, ou seja, pronta para comercialização. Por isso, a sua

¹⁴¹ Cf. “Muitas vezes o transporte é mais caro que o calcário”, disponível em << <https://maissoja.com.br/consumidor-de-calcario-sofre-com-polemica-do-frete-tabelado/> >>. Acesso em 05.07.2022.

dedução na apuração da CFEM é mandatória. Essa interpretação é corroborada pelo voto do Ministro Relator Teori Zavascki, no REsp nº 756.530/DF¹⁴²:

Na verdade, o que o legislador excluiu foram despesas relacionadas com o produto mineral, e não com os recursos minerais. São, portanto, despesas que não integram o custo de produção, mas *dizem respeito ao mineral já inteiramente produzido (= produto mineral) e em fase de comercialização [...]* - (grifou-se).

Para Paulo Coimbra¹⁴³, há inconstitucionalidade na Lei nº 13.540/2017 ao impedir a dedução de frete e seguro, ao fundamento de que o art. 20, § 1º, da CRFB/1988 impediria a cobrança da CFEM “sobre valores não alusivos ao produto minerário em si”:

Portanto, ainda que caiba ao legislador a faculdade de detalhar a hipótese de incidência da CFEM e seus consectários, tal prerrogativa é limitada pela finalidade e pelas características da natureza jurídica constitucionalmente definida do instituto. Assim sendo, a conceituação constitucional da CFEM prevista no art. 20, §1º, da CRFB/88 tem o condão de limitar o escopo, legalmente definido, de incidência do encargo, que deve refletir sua natureza jurídica de participação nos resultados da lavra, que não se coaduna com o alcance da exação a expressões econômicas que não representam efetivos proveitos decorrentes da atividade minerária propriamente dita, como os gastos operacionais relativos às despesas de frete, transporte e seguro (materialidades essas já sujeitas ao *ius tributandi* do Estado).

É considerando esses modelo e contexto constitucionais que deve ser interpretada a base de incidência da CFEM, de modo a afastar sua incidência sobre valores não alusivos ao produto minerário em si, mostrando-se inconstitucional, por afronta ao artigo 20, §1º, da CRFB/88 a nova redação do artigo 2º, I e II, da Lei nº 8.001/90, que incorretamente fez surgir posicionamentos equivocados à oneração de fatos não condizentes com a referida delimitação constitucional.

Fernando Facury Scaff¹⁴⁴, ensina que o objetivo da dedução das despesas com frete, seguro e tributos, antes autorizada pelo art. 2º, da Lei nº 8.001/1990, era afastar outras incidências que nada têm a ver com o *royalty*, de forma que a incidência se dê *apenas* sobre o valor do bem mineral:

¹⁴² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 756.530/DF, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 21/6/2007.

¹⁴³ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) e a Lei nº 13.540/2017: um argumento em prol das inconstitucionalidades do elástico de seu aspecto material e da inclusão na sua base de cálculo das despesas com frete, transporte e seguro. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 19, n. 109, 2021, p. 41.

¹⁴⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Minério e Energia*. RT: São Paulo, 2014, p. 185.

Como acima transcrito, o art. 2.º da Lei nº 8.001/1990 estabelece o ‘faturamento líquido’ como base de cálculo da CFEM, e o conceitua como ‘o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros’. [...]. A norma busca identificar qual é exatamente o valor do bem mineral, afastadas outras incidências que majoram a base de cálculo e nada têm a ver com o *royalty*.

Helena Taveira Torres¹⁴⁵, em artigo especificamente sobre a restrição à dedução do frete e seguro na CFEM (face à MP nº 789, convertida na Lei nº 13.540/2017), afirmou:

O critério material para cobrança da CFEM está conexo ao produto mineral, e não ao recurso mineral. O recurso mineral refere-se ao bem que se encontra na mina ou na jazida, já o produto mineral é o resultado da extração. Logo, o texto constitucional já identificou com precisão a base de cálculo da CFEM, qual seja, o resultado da exploração de recursos minerais. Por conseguinte, não há nenhum espaço para discricionariedade do Poder Legislativo, e muito menos do Poder Executivo, na demarcação dos elementos componentes do critério quantitativo da CFEM.

Caber esclarecer que nesse processo produtivo há quatro fases bem marcadas, sendo elas: (i) a extração, que compreende a fase de lavra do produto mineral, (ii) o beneficiamento, (iii) a transformação industrial e (iv) a comercialização. Ora, resta claro que os tributos que incidem sobre a industrialização ou comercialização do produto mineral e as despesas de transporte e seguro devem ser excluídas do faturamento líquido da CFEM.

Espera-se que os Tribunais Superiores avaliem a discussão sob os seus reais contornos, admitindo que a CRFB/1988 não outorgou um “cheque em branco” ao Poder Legislativo para criar a CFEM como bem entendesse. Há limites decorrentes do núcleo conceitual adotado no art. 20, § 1º, da Constituição (conceito de “lavra mineral”), que impedem a incidência do *royalty* sobre frete, seguro e tributos incidentes sobre a venda.

Esses mesmos limites conceituais, extraídos do art. 20, § 1º, da Constituição, impedem que se cobre CFEM, no consumo, sobre outra base que não seja custo de produção.

Até a edição da MP nº 789, convertida na Lei nº 13.540/2017, a base de cálculo da CFEM prevista para a hipótese de consumo de minério era o custo de produção incorrido até a etapa que antecede a transformação industrial, conforme art. 14, § 1º, do Decreto nº 01/1991 c/c art. 2º, da Instrução Normativa DNPM nº 06/2000.

¹⁴⁵ TORRES, Helena Taveira. Novo regime de royalties sobre mineração está repleto de inconstitucionalidades. *In Revista Consultor Jurídico* 22 de novembro de 2017. Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/consultor-tributario-mp-royalties-mineracao-repleto-inconstitucionalidades> >>. Acesso em: 05.07.2022.

O custo de produção é o que mensura, entre outros, o valor dos produtos em elaboração, classificados contabilmente na conta estoque. Conforme o Pronunciamento Técnico CPC nº 16, “Estoques são ativos (a) mantidos para venda no curso normal dos negócios; (b) em processo de produção para venda; [...]” Daí que o mesmo Pronunciamento contábil determine que “Os estoques objeto deste Pronunciamento devem ser mensurados pelo valor de custo” e o “valor de custo do estoque deve incluir todos os custos de aquisição e de transformação, bem como outros custos incorridos para trazer os estoques à sua condição e localização atuais.”

O custo de produção é a grandeza evidenciada na contabilidade para mensurar o valor dos produtos em estoque, acabados ou em elaboração. É a exata medida do resultado financeiro realizado em cada fase do processo produtivo. É, portanto, o único resultado da lavra efetivamente realizado pelo minerador que transforma minério em outra espécie de produto.

Por isso, sendo a CFEM incidente sobre os resultados da lavra, não há outra grandeza disponível para calcular a exação além do custo de produção. Não é por outra razão que essa foi a base de cálculo eleita, na hipótese de consumo, desde o Decreto nº 01, de 1991.

A nova redação da Lei nº 8.001/1990, contudo, passou a contemplar duas bases de cálculo alternativas, em substituição ao custo de produção (o preço corrente ou o valor de referência). O Deputado Relator do Projeto de Lei de Conversão, Marcus Pestana, motivou¹⁴⁶ assim a adoção das duas bases de cálculo, em substituição ao custo:

No caso de consumo do bem mineral, *por não haver venda*, julgamos adequado adotar como base de cálculo o preço corrente do bem mineral ou do seu similar no mercado [...]. *Na falta desse preço corrente*, consideramos *justo* que a base de cálculo da CFEM *seja um valor de referência* [...]

Os valores de referência serão definidos pela entidade reguladora do setor mineração [...].
– (grifou-se).

Observa-se do trecho acima transcrito que a racional da modificação da base de cálculo no consumo foi a seguinte: se não há venda, não há faturamento que possa servir de base de cálculo para a CFEM; logo, a base será um valor fictício, porquanto não realizado pelo

¹⁴⁶ Disponível em: << http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1615651&filenome=PAR+1+MPV78917+%3D%3E+MPV+789/2017 >> Acesso em: 05.07.2022.

minerador, conforme o valor de mercado do bem (“preço corrente”). Se não houver valor de mercado, a base será definida em pauta fiscal pela Agência Nacional de Mineração (“valor de referência”).

O art. 20, § 1º, da CRFB/1988 não admite que a CFEM incida sobre resultado fictício ou não realizado pelo minerador. Nesse caso, apenas o custo de produção serve como base de cálculo para a hipótese de consumo, tendo em vista que a empresa não revela, em sua atuação, outra grandeza que possa mensurar o resultado da lavra.

Igualmente, Heleno Taveira Torres¹⁴⁷ conclui pela “inconstitucionalidade na cobrança da CFEM quando se assume alguma etapa do consumo, sobre base de cálculo diferente do custo de produção.” Em outro trabalho¹⁴⁸, apresentaram-se as seguintes razões para tanto:

O custo é a única grandeza evidenciada pelo minerador que transforma o minério em outra espécie de produto. Portanto, é a exata medida do resultado da atividade de mineração (artigo 20, § 1º, da Constituição), representativa do aproveitamento econômico de minério que foi efetivamente realizado (artigo 1º, caput, da Lei 7.990/1989 c/c art. 14, I, do Decreto 1/1991). Pretender que uma grandeza não realizada (“valor de referência” ou “preço corrente”) seja utilizada como base no consumo, é determinar que a CFEM incida sobre aproveitamento econômico inexistente, já que não realizado pelo minerador.

A sistemática de cobranças fiscais sobre bases fictícias, a exemplo das pautas utilizadas para o ICMS, já foi reiteradamente rechaçada pelos Tribunais Superiores, porque afronta o sentido mínimo da exigência constitucional de se tributar conforme a capacidade contributiva, isto é, conforme o resultado realizado pelos contribuintes. Essa é a redação da Súmula nº 431, do STJ, e sua racional é integralmente aplicável à CFEM. Ainda que não se trate de tributo, nem de se cobrar conforme a capacidade contributiva, deve-se mensurar a exação conforme o “resultado realizado” pelo minerador, o que, na prática, equivale à mesma coisa.

Por outro lado, os limites constitucionais fartamente apresentados demonstram que a norma da Lei nº 13.540/2017 que impôs teste pelo PECEX mesmo em operações com partes não

¹⁴⁷ TORRES, Heleno Taveira. Cobrança da nova CFEM deve observar limites constitucionais. *In Revista Consultor Jurídico de 27 de junho de 2018*. Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/consultor-tributario-cobranca-cfem-observar-limites-constitucionais> >>. Acesso em: 05.07.2022.

¹⁴⁸ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; MATTOS, Tiago de. *CFEM - Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 267-268.

vinculadas também afronta a CRFB/1988. Sendo este um método decorrente de uma regra antielisiva específica (preços de transferência), sua aplicação deve ser condicionada à existência do potencial elisivo, qual seja, venda para vinculadas ou empresas em paraísos fiscais. Se a operação já ocorre em livre mercado, com partes independentes, o preço pactuado é a representação fidedigna do “resultado da exploração mineral” determinado pela Constituição.

As regras de preços de transferência pressupõem que, quando se exporta para partes relacionadas, é possível que o preço não obedeça a regras de mercado, assim como quando se vende para empresas localizadas em paraísos fiscais. Nesse caso, o contribuinte, ao apurar o IRPJ e a CSLL, deverá comparar o valor das exportações para vinculadas e paraísos fiscais com o preço das cotações da *commodity*. Se o valor da cotação for superior, a consequência será oferecer a diferença entre uma grandeza e a outra à incidência dos tributos sobre a renda.

Ocorre que a Lei nº 13.540/2017, deturpando o instituto, exige que o minerador faça o teste das exportações pelo PECEX mesmo quando não se exporta para partes vinculadas ou para paraísos fiscais. Ou seja, determina a aplicação de uma regra antielisiva na inexistência de qualquer potencial elisivo.

Isso fica claro quando se compara a redação da MP nº 789 com o texto da Lei. A MP dispunha claramente que o PECEX apenas deveria ser testado se a exportação fosse para vinculadas ou paraísos fiscais: “III - nas exportações para pessoas jurídicas vinculadas ou domiciliadas em países com tributação favorecida [...]” A redação da MP nº 789 foi modificada no Congresso Nacional, retirando-se o trecho destacado.

O cenário em que se insere a legislação de preços de transferência é de transações entre partes vinculadas. Estas transações diferenciam-se daquelas praticadas por partes independentes pela ausência do mercado como árbitro na distribuição de riquezas. Daí que a Lei nº 13.540/2017 esteja a deturpar o instituto das regras de preços de transferência. Ao fazê-lo, imputa na base de cálculo da CFEM resultados fictícios, porquanto não realizados pelo minerador.

Há ainda violação ao princípio da isonomia. A aplicação do PECEX nas exportações, inclusive para não vinculadas, impõe um custo adicional a essas operações que não existe quando se vende no mercado interno para não vinculadas. O tratamento anti-isonômico é flagrante e

contrário não só à orientação constitucional que estimula as exportações, como ao que pacificou o STJ¹⁴⁹:

O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2º da Lei 4131/62, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas. (REsp 426945 PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 25.08.2004).

Mesmo se a regra fosse válida, o que se admite para argumentar, sua eficácia estaria condicionada à publicação de um regulamento por parte da União, que ainda não existe. O § 6º, do art. 19-A, da Lei nº 9.430/1996 dispõe que a Receita Federal deve publicar regulamento, viabilizando o PECEX para os tributos sobre a renda. Sendo assim, a ANM deve fazê-lo também, adequando o instituto, típico da tributação federal, para o *royalty*, que comporta muitas diferenças jurídicas e operacionais.

Afinal, como pode o minerador aplicar o PECEX à CFEM sem saber a periodicidade do teste, o que se deve entender por *commodities*, quais são as bolsas de mercadoria e futuros consultáveis etc.? É ver a lição de Bruno Fajersztajn e Ramon Tomazela Santos¹⁵⁰:

A edição de uma lista de *commodities* por parte da Administração tributária pode ser considerada um requisito para a aplicação do método do PECEX, tendo em vista que, em certas circunstâncias, a capacidade de produção de efeitos de uma regra jurídica depende de requisitos específicos, que podem ser de natureza fática ou de natureza técnico-normativa.

Ou seja, além de inconstitucional, o PECEX é inaplicável à CFEM por ineficácia da regra, ante a inexistência de regulamentação.

¹⁴⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 426945 PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 25.08.2004.

¹⁵⁰ FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. O controle de preços de transferência nas exportações de *commodities* e o método do preço sob cotação na exportação (“PECEX”). In *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, n. 84, p. 103-104.

1.4.2.4.A DEDUTIBILIDADE DA TFRM NA APURAÇÃO DA CFEM

A Lei nº 7.990/1989 determinou a incidência do *royalty* mineral sobre o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral. Por sua vez, a Lei nº 8.001/1990 dispôs que se considera faturamento líquido o total das receitas de venda, excluídas as despesas de transporte, seguro e com os tributos incidentes sobre a comercialização. A Lei nº 13.540/2017 manteve a permissão de dedução, da base de cálculo da CFEM, dos tributos *incidentes* sobre a *comercialização*.

Logo, tanto pelos limites constitucionais à incidência da CFEM – que impedem, como visto, que se inclua tributos incorridos após o término do beneficiamento mineral em sua base de cálculo –, como pela expressa autorização legal, é impositiva a dedução da Taxa de Fiscalização de Recursos Minerais (TFRM) na base do *royalty*.

A TFRM será tratada em detalhes em tópico específico deste trabalho. De todo, vale adiantar que foi instituída pelo Estado de Minas Gerais, por exemplo, em dezembro de 2011, por meio da Lei nº 19.976. A taxa tem por critério temporal a venda, o consumo e a transferência do minério, vide art. 5º, da Lei nº 19.976/2011: “Considera-se ocorrido o fato gerador da TFRM: [...] no momento da venda do mineral ou minério extraído.”

Se o fato gerador da TFRM ocorre na venda do minério, então a referida taxa se amolda perfeitamente ao critério estabelecido na Lei nº 8.001/1990 para que seja deduzida na apuração da CFEM, qual seja, incidir sobre a comercialização do produto mineral. Isso porque o critério jurídico adotado pela lei para permitir a dedução de um tributo na apuração da CFEM, quando incidente sobre a venda, é que o tributo tenha por critério temporal a comercialização do minério. O aspecto material da hipótese de incidência do tributo é irrelevante para a sua dedutibilidade, podendo ser prestar serviço, praticar operação financeira, auferir receita, circular mercadoria etc.

O extinto DNPM regulou o tema, pela primeira vez, por meio da Instrução Normativa nº 06/2000. Nesse ato, dispôs o que entendia serem “tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral”, e como deveriam ser deduzidos. Para tanto, observou, no ano 2000, quais tributos existentes à época tinham por momento de incidência (critério temporal) a

comercialização do minério, a despeito do aspecto material sua hipótese de incidência, que poderia ser auferir receita, circular mercadoria, ou inclusive realizar operação financeira. Confira- se:

Art. 1º Para os efeitos previstos no inciso II e no § 2º, do artigo 14, do Decreto nº 1/91, somente são consideradas parcelas dedutíveis para obtenção do faturamento líquido sobre as operações de venda do produto mineral, mesmo que este esteja submetido a qualquer forma de acondicionamento ou embalagem:

I - IOF - Imposto sobre operações financeiras

Aquele incidente nas operações de venda de ouro como ativo financeiro, efetivamente apurado, conforme constar de escrituração fiscal federal referente ao mês de ocorrência do fato gerador da CFEM;

II - ICMS - Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; Aquele efetivamente apurado, conforme constar de escrituração fiscal referente ao mês de ocorrência do fato gerador da CFEM;

No caso de ICMS Substituição, aquele apurado na venda de água mineral, conforme constar de escrituração fiscal referente ao mês de ocorrência do fato gerador da CFEM. Este ICMS substituição deverá ser considerado no valor total da nota fiscal;

III - PIS - Programa de integração social e COFINS - Contribuição para o financiamento da seguridade social;

Aquele efetivamente apurado, conforme constar de escrituração fiscal federal, referente ao mês de ocorrência do fato gerador da CFEM, correspondente, unicamente, às receitas oriundas da venda do produto mineral. – (grifei).

O rol de tributos dedutíveis, portanto, contemplou inicialmente IOF, ICMS, PIS e Cofins, cada um deles com aspectos materiais absolutamente distintos, mas com o mesmo critério temporal: incidem, todos, no momento da comercialização do produto mineral.

Posteriormente, os Relatórios Anuais de Lavra (RAL) foram parametrizadas para incluir até mesmo o ISSQN como tributo dedutível. Isso porque, apesar de seu aspecto material consistir em prestar serviço a alguém, há serviços que incluem o fornecimento de mercadorias, inclusive minerais, o que torna o referido tributo como dedutível, por se amoldar ao critério temporal “comercialização do produto mineral”.

Ocorre que, após a Lei nº 13.540/2017, a Portaria ANM nº 790/2021 limitou os tributos dedutíveis a IOF, ICMS, PIS e Cofins: “Deduções legais (IOF, ICMS, PIS, COFINS, Despesas de Transporte e Seguro do período de 01/1991 a 25/07/2017, exclusivamente); Compras de terceiros; CFEM recolhida pela empresa”. E consolidou a impossibilidade da dedução da TFRM no Parecer nº 25/2022:

Ainda, os autos foram remetidos à Procuradoria Federal Especializada, através do PARECER 496/2021/COCON/SAR-ANM/DIRC, para manifestação quanto a este tema. A PFE se manifestou quanto ao tema através do PARECER n. 00190/2021/PFE-ANM/PGF/AGU, aprovado pelo DESPACHO n.08731/2021/PFE-ANM/PGF/AGU, anexos a este processo eletrônico no documento SEI 3412923. Em síntese, a Procuradoria Federal concluiu que é incabível a dedução da TFRM na apuração da CFEM, tendo em vista que a taxa estadual não dispõe sobre aspectos próprios da exploração de recursos minerais, nem da compensação financeira dela decorrente. – (grifei)

O Poder Judiciário vem se pronunciando pela admissão da dedutibilidade da TFRM, conforme a decisão proferida pela 22ª Vara Federal, da JFMG, nos autos do Mandado de Segurança nº 1082999-39.2021.4.01.3800:

Como se vê, ao permitir a dedução dos tributos incidentes sobre a comercialização de recursos minerais, a Norma anteriormente transcrita não impôs a limitação presente na Portaria ANM nº 790/2021 e na IN 06/2000 do DNPM, razão pela qual, nesta primeira análise, tais atos infralegais me parecem violar o princípio da legalidade, já que extrapolam a função meramente regulamentar, criando vedação sem lei que a autorize.

No tocante ao perigo de dano, considero-o patente, haja vista as notórias consequências decorrentes da falta de recolhimento de tributos.

Diante de tais fundamentos, DEFIRO A LIMINAR, para suspender a exigibilidade da inclusão da Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários - TFRM na base de cálculo da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM.

A decisão é acertada porque, como visto, é imperativo constitucional que se expurgue da receita bruta as despesas com tributos incidentes sobre a venda do produto mineral, de forma a se alcançar estritamente aquilo que represente aproveitamento econômico de minério: custo de produção, mais margem de lucro. Não se trata de um favor fiscal, e sim de cumprir o que determina a Constituição.

1.4.3. TRIBUTAÇÃO FEDERAL

Em nível federal, as mineradoras, mesmo exportadoras, se sujeitam à incidência do Imposto de Renda (IRPJ, previsto no Decreto-lei nº 1.598/1977, dentre outros diplomas) e da

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL, criada pela Lei nº 7.689/1988) a 34%, bem como contribuições sobre a remuneração (Previdenciária, RAT e Terceiros, vide Lei nº 8.212/1991) superiores a 20%.

Quando não exportam, ocorre a incidência das contribuições PIS e Cofins, calculadas a 3,65% (regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/1998) ou a 9,25% (não cumulativo, conforme Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003) sobre a receita de vendas.

O mais relevante para a mineração, no que se refere à tributação federal, é a tributação da renda. Como visto, uma das causas da “maldição dos recursos naturais” reside na transferência excessiva de rendas minerais ao exterior, impedindo que o proprietário dos recursos (a União, no caso, representante do povo brasileiro) receba a parcela que lhe seria devida.

Por isso, interessa estudar os instrumentos de combate às transferências de lucros ao exterior, no que se refere à tributação da renda. Em mineração, os principais mecanismos de preocupação são (1) o controle de preços de transferência, que pressupõe fiscalizar o valor dos minerais exportados, porque isso pode resultar em subfaturamento nas exportações; e (2) o pagamento excessivo de juros para pessoas vinculadas no exterior, em virtude do financiamento do projeto por instrumentos de dívida, gerando despesas dedutíveis a reduzir os tributos sobre a renda.

1.4.3.1. CONTROLE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Controle de preços de transferência é o nome geralmente atribuído ao conjunto de regras antielisivas específicas que visam a evitar a erosão da base de cálculo dos tributos sobre a renda, mediante teste dos preços praticados em operações realizadas entre partes relacionadas e/ou quando uma das partes está sediada em país com tributação favorecida. O risco de elisão fiscal ocorre por meio de subfaturamento nas exportações ou superfaturamento nas importações.

Para João Dácio Rolim¹⁵¹, trata-se de intervenção fiscal legítima e justificada, sob os seguintes fundamentos:

¹⁵¹ ROLIM, João Dácio. As Presunções da Lei nº 9.430/96 e os casos especiais nos preços de transferência. *In* ROCHA, Valdir de Oliveira. *Tributos e Preços de Transferência*. Dialética: São Paulo, 1997. p. 42.

As justificativas, do ponto de vista econômico e jurídico, para se adotar o controle sobre os preços de transferência são basicamente as seguintes:

- a) as pessoas envolvidas podem ser consideradas no fundo as mesmas, adotando-se em parte a desconsideração da personalidade jurídica;
- b) os países mais desenvolvidos como exportadores de capital tendem a arrecadar menos nas operações realizadas, entre si ou com outros países, envolvendo partes relacionadas;
- c) a soberania fiscal de cada país justificaria a adoção dos preços de transferência, estando presente a intenção de evasão fiscal na realização das operações internacionais entre partes vinculadas;
- d) o real objetivo comercial ou econômico das partes envolve uma margem de lucro razoável, dentro de circunstâncias e condições concretas.

Paulo Ayres Barreto¹⁵² observa que as regras em comento têm a função de mensurar, fiscalmente, o valor justo da transação (*fair value*), ou o denominado preço *arm's length* – à distância de um braço. O preço *arm's length* seria o parâmetro dessa mesma transação se realizada entre partes independentes, isto é, sem condições de favorecimento, sendo a referência sobre a qual se realizam ajustes na apuração dos tributos incidentes sobre a renda.

Bruno Fajersztajn e Ramon Tomazela Santos¹⁵³ observam que a sistemática que rege o controle de preços de transferência no Brasil tem o propósito de evitar a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros ao exterior, por meio de regras jurídicas que determinam o custo máximo dedutível nas operações de importação, bem como a receita mínima a ser tributada nas operações de exportação, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Heleno Torres¹⁵⁴, no mesmo sentido, considera que

para fins de controle brasileiro dos preços de transferência, parece existir presunção absoluta de que todas as transações envolvam pessoas ligadas, implicam necessariamente a atribuição de valores irreais para as mercadorias, como forma de se promover uma transferência indireta de lucros.

¹⁵² BARRETO, Paulo Ayres. Preços de transferência e o princípio “arm’s length”: evolução e aproximação da OCDE: In DONIAK JR., Jimir. *Novo RIR – Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 303.

¹⁵³ FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. O controle de preços de transferência nas exportações de *commodities* e o método do preço sob cotação na exportação (“PECEX”). *Revista Fórum de Direito Tributário n. 84*. Belo Horizonte: Fórum, p. 95-122.

¹⁵⁴ TORRES, Heleno Taveira. Tributação das telecomunicações internacionais: base de cálculo do tráfego sainte e a aplicação do Tratado de Melbourne no direito brasileiro. *Revista de Direito Tributário Internacional, vol. 1*, São Paulo, p. 129, 2005.

No Direito brasileiro, a aplicação dos preços de transferência passou a ser contemplada de modo específico a partir da Lei nº 9.430/1996, que, em seus artigos 18 e 19, estabeleceu a “presunção absoluta de transferência de lucros, do Brasil para o exterior, em importações, aquisições e exportações de mercadorias, serviços e direitos, entre empresas ligadas”¹⁵⁵.

Sobre o conceito de pessoas vinculadas, o art. 23, da Lei nº 9.430/1996, estabelece situações concretas, por exemplo, a matriz, filial, sucursal, pessoa física ou jurídica controladora, controlada ou coligada, pessoa sob controle societário ou administrativo comum residentes no exterior, dentre outras.

Conceitualmente, as regras de controle de preços de transferência consistem na definição de um valor a ser usado como parâmetro que, confrontado com o valor efetivamente praticado na operação, indicará a adequação ou não do preço praticado para fins estritamente fiscais. Ou seja, nas exportações, se o preço praticado for inferior ao preço parâmetro, surge a necessidade de que o contribuinte ajuste fiscalmente a diferença entre o preço parâmetro e o preço praticado. Nas importações, caso o preço praticado seja superior valor de referência (preço parâmetro), o contribuinte precisa ajustar a apuração fiscal para anular o “excesso” de despesa.

Conforme Schoueri¹⁵⁶, os métodos previstos pela redação original da Lei nº 9.430/1996 permitem que eles sejam divididos em dois grupos: (i) aqueles cuja essência é a comparação de preços e (ii) os que se limitam a levantamento de dados e aplicação de margens fixas. Nos primeiros, temos os preços independentes comparados, na importação e preços de venda, nas exportações. Nos segundos, temos o preço de revenda menos lucro, custo de aquisição ou produção mais lucro etc., nos quais há margens fixadas para o lucro, para o custo e para o valor da transação.

Para a definição do preço parâmetro, até 2012, a Lei nº 9.430/1996 permitia que, em qualquer operação, o contribuinte optasse pelo método mais favorável: método que oferecesse o

¹⁵⁵ PISANI, José Roberto; GALHARDO, Luciana Rosanova. Preços de transferência – presunções tributárias – acordos internacionais – valoração aduaneira. *RDDT n° 21*. São Paulo: Dialética, p. 66-70.

¹⁵⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 144.

menor ajuste ou cuja aplicação indicasse a adequação fiscal do preço praticado, sem a necessidade de ajustes.

Nas importações, os métodos previstos são: (i) Método dos Preços Independentes Comparados (PIC); (ii) Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL); (iii) Método do Custo de Produção mais Lucro (CPL); e (iv) Método do Preço sob Cotação na Importação (PCI). Nas exportações, são os seguintes: (i) Método de Preço de Venda nas Exportações (PVEx); (ii) Método de preço de Venda por Atacado no País de Destino (PVA); (iii) Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV); (iv) Método de do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP); e (v) Preço sob Cotação na Exportação (PECEX).

Com o advento da Lei nº 12.715/2012, fruto da conversão da Medida Provisória nº 563/2012, entre outras alterações relevantes, foram criados os métodos Preço sob Cotação na Importação (PCI) e o Preço sob Cotação na Exportação (PECEX). Trata-se de métodos de aplicação impositiva e exclusiva para operações de importação e exportação de *commodities*, desde que verificados certos pressupostos, que se amoldam ao primeiro grupo de métodos, ou seja, de comparabilidade de preços.

A obrigatoriedade da adoção dos referidos métodos – em detrimento da possibilidade de se optar pelo método mais favorável, que existia até então – foi justificada na exposição de motivos da Medida Provisória nº 563/2012 “a fim de coibir manipulações de valores em operações de importações ou de exportações”. Criou-se “método *único* de cálculo de preço parâmetro nas hipóteses de importação ou exportação de *commodities* que tenham cotação internacional em bolsa de mercadorias ou congêneres”.

O PCI e o PECEX rompem a lógica dos métodos baseados em presunções e margens fixas. Por isso, sua introdução foi aclamada pela doutrina. Paulo Ayres Barreto¹⁵⁷ afirma que os métodos baseados em margens fixas não são adequados à “identificação do preço sem interferência, em grande parte dos casos”. Por isso, métodos comparativos de preços em

¹⁵⁷ BARRETO, Paulo Ayres. Preços de transferência e o princípio “arm’s length”: evolução e aproximação da OCDE: In DONIAK JR., Jimir. *Novo RIR – Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 311.

transações cotadas em bolsas tendem a mensurar mais adequadamente o preço parâmetro, como observam João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos¹⁵⁸:

A criação de novos métodos para controle das operações de importação e exportação de *commodities* demonstra a evolução no modelo brasileiro de controle de preços de transferência. Afinal, ao adotar a cotação em bolsa de mercadorias e futuro como ponto de partida para o cálculo do valor justo da transação, o legislador tributário afasta-se, ainda que pontualmente, das margens predeterminadas (“*formulary approach*”).

Sérgio André Rocha¹⁵⁹, igualmente, afirmou, sobre o PCI e o PECEX, que sua criação teve a finalidade de “alcançar melhor a realidade econômica de determinada operação”.

Feita a introdução do assunto, importa reiterar que as substâncias definidas no Brasil como *commodities* se sujeitam, obrigatoriamente, à aplicação do PECEX, o que também atrai a sua aplicação na apuração da CFEM sobre as exportações minerais.

Conforme art. 34 da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012, a aplicação do PECEX pressupõe a comparação entre o preço praticado com os preços de cotação da *commodity*, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado (conceito este, de prêmio, não definido pela instrução normativa, mas que é associado a aspectos da qualidade do bem). Além dos ajustes de prêmio, os parágrafos 9º e 10º da instrução normativa dispõem que podem ser ajustados valores correspondentes às diferenças entre o preço praticado e as especificações do contrato padrão estabelecidas pelas bolsas de mercadorias e futuros ou instituições de pesquisa setoriais, tendo em vista as condições específicas de negócios, condições de venda, de conteúdo e de natureza física, entendidos exclusivamente como: ajustes pelo prazo para pagamento; quantidades negociadas; influências climáticas nas características do bem exportado; custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, assim entendidos os custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas; acondicionamento; frete e seguro; custos de

¹⁵⁸ BIANCO, João Francisco. TOMAZELA, Ramon. As regras de preços de transferência e as operações de importação e exportação de *commodities* – Os novos métodos PCI e PECEX. In *Demonstrações Financeiras e Sinopses Legislativas*: São Paulo: PwC, 2013, p. 29.

¹⁵⁹ ROCHA, Sérgio André. Modelos de regulação jurídica preços de transferência e os novos métodos PCI e PECEX. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 341.

desembarque no porto, de transporte interno, de armazenagem e de desembaraço aduaneiro, incluídos os impostos e as taxas incidentes na importação.

Apenas são possíveis, portanto, os ajustes taxativamente previstos na norma, o que pode levar a distorções na comparabilidade de preços, como será abordado ao se distinguir o PECEX do método CUP da OCDE, no capítulo sobre tributação internacional da mineração.

A Lei nº 12.715/2012, por outro lado, ao introduzir o novo método, foi lacônica no que concerne à definição de *commodities*¹⁶⁰, o que representa o principal obstáculo à aplicação dessa aparente evolução legislativa. Afinal, se o próprio objeto de incidência da norma é obscuro, naturalmente que sua aplicação encontrará obstáculos na insegurança jurídica. Diante da ausência de conceituação clara de *commodities* pela lei, a Instrução Normativa nº 1.312/2012 balizou os seguintes critérios:

- a) Produtos listados em seu Anexo I e, cumulativamente, sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros listados no Anexo II;
- b) Produtos listados em seu Anexo I e, cumulativamente, sujeitos a preços públicos em instituições de pesquisas setoriais listadas em seu Anexo III; e
- c) Produtos negociados nas bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II, independentemente de estarem listados no Anexo I.

Ou seja, seriam *commodities* (i) os bens cotados em bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II; e (ii) os bens listados no Anexo I, que, cumulativamente, tivessem preços públicos disponibilizados por uma das instituições de pesquisa setoriais listadas no Anexo III.

¹⁶⁰ Existe a definição trazida pela Nomenclatura Brasileira de Serviços que, ao tratar dos serviços de corretagem e títulos, derivativos e *commodities* afirma: “Commodity: refere-se a qualquer tipo de mercadoria primária, não manufaturada ou parcialmente manufaturada, passível de ser negociada em ambiente de negócios organizados (por exemplo, bolsa de mercadorias), cujo preço é determinado pela oferta e procura internacional. Esse tipo de mercadoria caracteriza-se por apresentar um padrão de qualidade praticamente uniforme independentemente de seu local e meio de extração e/ou produção. São exemplos de commodities: petróleo, gás natural, alumínio, níquel, carvão, eletricidade, etanol, prata, arroz, milho, açúcar, suco de laranja, carne bovina, madeira etc.”, vide Portaria Conjunta RFB/SCS nº 2.000, de 18 de dezembro de 2018 e Portaria Conjunta RFB/SCS nº 1.429, de 12 de setembro de 2018.

Esse entendimento foi confirmado pela Receita Federal, por meio da Solução de Consulta Cosit nº 176/2015.

A Instrução Normativa RFB nº 1.870/2019 alterou os critérios. O Fisco passou a classificar como *commodities* as mercadorias que se adequem aos seguintes critérios:

- a) Os produtos listados no Anexo I e que estejam sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros listados no Anexo II; ou
- b) Os produtos listados no Anexo I e que estejam sujeitos a preços públicos nas instituições de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas listadas no Anexo III.

Diante da nova regulamentação, a aplicação do PECEX passou a ser impositiva quando, cumulativamente, o bem transacionado estiver listado no Anexo I e tenha cotação em uma das instituições listadas nos Anexos II ou III, da Instrução Normativa nº 1.312/2012. Excluiu-se, assim, a hipótese de aplicação desse método quando houvesse produtos negociados nas bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II, independentemente de estarem listados no Anexo I, situação até então prevista na Instrução Normativa.

Essa conceituação, antes e depois da Instrução Normativa RFB nº 1.870/2019, tem gerado insegurança jurídica, porque ultrapassa os limites impostos pela Lei nº 12.715/2012, ainda que ela não tenha sido clara ao definir o objeto da norma.

Nos termos do § 9º do art. 19 da Lei nº 9.430/1996, o PECEX é obrigatório na hipótese de exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Isso implica dizer que, na ausência de cotação em bolsa, a aplicação desse método não é impositiva.

O § 5º do art. 19-A da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, estabeleceu a faculdade de o contribuinte utilizar o PECEX nas hipóteses em que não houver cotação em bolsa para a mercadoria transacionada. Nesses casos, o contribuinte poderia se valer dos preços públicos fornecidos pelas instituições de pesquisas setoriais ou aqueles definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União. A conclusão de que se trata de uma

permissão decorre do emprego do verbo “poder” pelo § 5º do art. 19-A, a revelar uma faculdade do contribuinte.

Por isso, há vício de legalidade nas Instruções Normativas de 2012 e de 2019, na medida em que, ultrapassando os limites da lei, estabeleceram a obrigatoriedade de aplicação do PECEX para os produtos listados no Anexo I e que estejam sujeitos a preços públicos nas instituições de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas listadas no Anexo III.

Essa conclusão também foi destacada no voto do Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, no acórdão nº 1302-003.989, do CARF:

Neste ponto, importante ressaltar que entende-se que houve uma exorbitância ao poder de regulamentar da Receita Federal do Brasil, uma vez que a Lei 9.430/96, com a redação que foi dada pela Lei nº 12.715/12, só menciona que, para serem considerados como *commodities*, os produtos deveriam estar sujeitos à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

É ver a ementa do caso:

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX

O Método do Preço sob Cotação na Exportação - PECEX é de aplicação obrigatória e exclusiva aos casos de exportação de *commodities*, assim entendidos os produtos negociados nas bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II e os produtos listados no Anexo I que estejam sujeitos a preços públicos nas instituições de pesquisa setoriais listadas no Anexo III, todos da Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012, antes das alterações promovidas pela Instrução Normativa RFB nº 1.870/2019. Impõe-se, assim, o cancelamento do lançamento de ofício de crédito tributário que aplica método equivocado no controle dos preços de transferência, em especial, quando utiliza o método PECEX, para operações de produtos que não são considerados pela legislação como *commodities*. (CARF. Processo nº 10508.720642/2017-28. Acórdão nº 1302-003.989. Sessão de 15/10/2019)

Por outro lado, a RFB entende que a adoção do método PECEX é impositiva ainda que não haja cotação específica – seja em bolsa de valores ou em instituições de pesquisa –, desde que o preço público possa ser alcançado por meio de ajustes entre “produtos similares” para a apuração do preço parâmetro. É o que se vê na Solução de Consulta Cosit nº 176/2015:

MÉTODOS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. PREÇO SOB COTAÇÃO NA IMPORTAÇÃO – PCI. PREÇO SOB COTAÇÃO NA EXPORTAÇÃO – PECEX. CONCEITO DE COMMODITIES. [...]

A adoção dos métodos PCI/PECEX é obrigatória ainda que não haja cotação específica, desde que o preço público possa ser alcançado através dos ajustes entre produtos similares para apuração do preço parâmetro. O prêmio médio de mercado também poderá ser aplicado a bem similar com referência em publicação de instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas.

Em sentido semelhante, a Solução de Consulta Cosit nº 309/2014:

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. OBRIGATORIEDADE.

A previsão do produto dentre as commodities relacionadas no Anexo I da IN RFB nº 1.312, de 2012, e, cumulativamente, sujeito a preços públicos nas instituições de pesquisas setoriais reconhecidas internacionalmente, listadas no Anexo III da mesma IN, ainda que a cotação se refira ao produto base ou similar, obriga à utilização do método PECEX para arbitramento dos preços praticados nas operações de exportação para pessoa vinculada, a partir do ano-calendário de 2013, observados os ajustes necessários, estando vedada a livre utilização de outros métodos.

[...]

Tendo em vista que *commodity* representa um termo de referência de produtos de base em estado bruto, considerado “matéria-prima” ou produto que apresenta grau mínimo de industrialização, a consulente já estaria obrigada a adoção do método PECEX ainda que não houvesse cotação específica para o Ferro Cálcio Silício, pois poderia, a partir da cotação do produto base (Ferro Silício), realizar os ajustes entre produtos similares para apuração do preço parâmetro, consoante o disposto na IN RFB nº 1.312, de 2012 [...].

A interpretação da RFB nas Soluções de Consulta em referência não parece adequada. Em primeiro lugar, por vício de legalidade, porque extrapola as definições trazidas pela Lei nº 9.430/1996 e até mesmo pelas Instruções Normativas de 2012 e de 2019, que determinam como condição para a classificação como *commodity* ter cotação em bolsas de mercadorias e futuros ou estar sujeita a preços públicos nas instituições de pesquisas setoriais reconhecidas internacionalmente. A norma é específica ao exigir a cotação do produto transacionado, não de seu similar.

Quando a norma fiscal pretendeu que fosse utilizado o critério de similaridade para fins de comparação ela o fez de forma expressa. É o caso das hipóteses de aplicação dos métodos PIC¹⁶¹ e CPL¹⁶².

¹⁶¹ Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012

“Art. 8º A determinação do custo de bens, serviços e direitos, adquiridos no exterior, dedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá ser efetuada pelo método dos Preços Independentes Comparados (PIC), definido como a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, empreendidas pela própria interessada ou por terceiros, em condições de pagamento semelhantes.”

¹⁶² Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012

O silêncio da norma ao não dispor sobre a utilização de similaridade para o PECEX deve ser interpretado como uma proibição. Não dispondo a norma sobre tal expediente, é vedada sua utilização. Trata-se de silêncio eloquente.

O silêncio, no Direito, pode configurar lacuna, norma jurídica ou espaço ajurídico¹⁶³. Será lacuna quando precisar ser integrada pela interpretação, por ter deixado um vácuo normativo contrário à própria razão de ser da norma ou a algum valor relevante para o sistema jurídico. Será espaço ajurídico quando configurar legítima opção do legislador em deixar de regular efeitos sobre determinada situação, que não é relevante para o Direito. E será silêncio eloquente, portanto, norma jurídica, quando o silêncio, pela própria intenção reguladora da lei, configurar determinação de que determinada situação não deve suportar certos efeitos jurídicos.

Conforme Ricardo Mariz de Oliveira¹⁶⁴, “a ausência de norma expressa não significa inexistência de norma (lacuna).” O silêncio normativo pode configurar silêncio eloquente, o qual, por sua vez, representa a democrática opção do legislador. Afinal, o silêncio da lei, dentro de um contexto normativo de normas expressas, pode significar a existência de uma norma implícita cujo teor se subtrai das normas expressas¹⁶⁵.

A este respeito, com respaldo na jurisprudência veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Greco¹⁶⁶ afirma:

Diante de uma previsão legal cujas palavras, não alcancem determinadas hipóteses, cumpre verificar se estamos perante uma “insuficiência” do texto, ou “lacuna” que admitiria integração, de modo a assegurar seu real alcance; ou se a não previsão corresponde ao que o Supremo Tribunal Federal examina sob a denominação de ‘silêncio eloquente’, assim entendida a não-previsão voluntariamente feita e que corresponde a uma norma de não incidir. O silêncio eloquente vem referido

“Art. 15. A determinação do custo de bens, serviços e direitos, adquiridos no exterior, dedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá, ainda, ser efetuada pelo método do Custo de Produção mais Lucro (CPL), definido como o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação, e de margem de lucro de 20% (vinte por cento), calculada sobre o custo apurado.”

¹⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 526-527.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Limite à Compensação de Prejuízos Fiscais na Extinção de Pessoa Jurídica – Um Caso Para Solução Através de Redução Teleológica (ou Notando a Existência de Silêncio Eloquente). Em *Revista de Direito Tributário Atual n. 31*, coedição IBDT Dialética, 2014. p. 146

¹⁶⁵ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. CFEM no consumo de minério: ON nº 7/2012 e o silêncio eloquente na Lei nº 13.540/2017. In *Estudos sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 82.

¹⁶⁶ GRECO, Marco Aurélio. Cofins na Venda de Imóveis. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 51. São Paulo: Dialética, 1999, p. 128.

expressamente no RE nº 135.637 e no RE nº 130.552, onde se afirma que ‘... só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam ‘silêncio eloquente’ (beredtes Schweigen), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia’. Nesta última hipótese (‘silêncio eloquente’), a não-previsão não é fortuita ou indesejada, e, por consequência, o Poder Judiciário, se quiser estender o significado do termo estará extrapolando a mera integração do dispositivo e se arvorando em “legislador positivo”, o que atenta contra a separação de poderes e a garantia da legalidade.

Parece nítido que, se a Lei nº 9.430/1996, ao tratar dos preços de transferência, autoriza expressamente a utilização de bens similares para certos métodos, mas não o faz especificamente para o PECEX, revela clara opção de não autorizar tal expediente nesse método. Por tais razões, trata-se de silêncio eloquente.

Luis Eduardo Schoueri¹⁶⁷ também é crítico do entendimento adotado pelo Fisco:

Ao admitir variações em qualidade, características e teor, a norma administrativa parece ir além do que se pode entender por prêmio, já que dá espaço para se admitir que produtos não sujeitos a cotação em bolsa de mercadorias e de futuros internacionalmente ali se enquadrem.

Mais uma vez, importa lembrar que o primeiro teste legal é investigar se o produto importado da parte relacionada é uma commodity sujeita a tal cotação. Se o produto é similar a uma commodity, não há como aplicar os métodos PCI e PECEX. [...]

As variações admitidas não podem ser tais a ponto de se tratar de produto diverso, posto similar ao cotado em bolsa. – (grifei).

Ademais, o conceito de similaridade adotado pelas Soluções de Consulta citadas não se adequa ao conceito de similaridade trazido pela Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012. Ao determinar a aplicação do método PECEX quando houver cotação de bem similar, o Fisco utiliza esse conceito como sinônimo de especificações equivalentes. Contudo, o art. 42 da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012 define como similares os bens que, cumulativamente, (i) tiverem a mesma natureza e a mesma função; (ii) puderem substituir-se mutuamente, na função a que se destinem; (iii) e tiverem especificações equivalentes.

Portanto, ainda que superada a ilegalidade de se conceituar como *commodities* bens não cotados em bolsas de mercadorias e futuros, seria necessário comprovar que os bens

¹⁶⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 199.

comparados se adequam ao conceito de similaridade, sobretudo no que diz respeito às suas utilidades (função) e à possibilidade de serem substituídos mutuamente.

A controvérsia demonstrada sobre o conceito de *commodities*, que vai no próprio objeto sobre o qual a norma relativa ao PECEX incide, demonstra indesejável insegurança jurídica no Brasil, que se reflete em contencioso, como visto em julgado específico do CARF. Daí ser necessário refletir sobre o aprimoramento do instituto.

1.4.3.2. CONTROLE DE SUBCAPITALIZAÇÃO

As pessoas jurídicas podem optar, em regra¹⁶⁸, por duas formas de financiamento¹⁶⁹. Uma é o aporte de capital de sócios (*equity*), que tem como contrapartida o pagamento de dividendos¹⁷⁰. Seu efeito no Brasil é neutro, por ser (i) isento do imposto de renda e da CSLL, conforme art. 10 da Lei nº 9.249/1995 e art. 2º da Lei nº 7.689/1988; e (ii) não dedutível na apuração dos referidos tributos pela sociedade pagadora.

Por outro lado, as pessoas jurídicas podem se financiar por meio de dívidas, sejam elas contraídas com os próprios sócios ou com terceiros não relacionados (*debt*). Nesse caso, não há neutralidade fiscal, uma vez que a contrapartida da dívida é o pagamento de juros, que são (i) tributados pelo imposto de renda e pela CSLL e (ii) são dedutíveis na apuração destes tributos. Em virtude da ausência de neutralidade é que decorre a possibilidade de se deduzir as despesas com juros no país pagador e tributá-los em jurisdição com alíquota mais favorecida. Em razão

¹⁶⁸ A complexidade das relações econômicas e jurídicas abarca os instrumentos financeiros híbridos, assim denominados por denotarem simultaneamente características de dívida e de capital. Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. *Qualificação dos Rendimentos dos Instrumentos Híbridos nos Acordos de Bitributação*. Dissertação de mestrado. *Universidade de São Paulo*, 2015.

Contudo, contabilmente, referidos instrumentos híbridos recebem o tratamento requerido à natureza econômica que lhe é preponderante, seja de dívida ou de capital, conforme Deliberação CVM nº 604, de 2010, que aprovou o CPC 39. Recomendamos, ainda, conferir o Processo Administrativo nº RJ2011-3316 (Reg. Col. nº 8070/2011), que resultou na determinação da CVM pela republicação das demonstrações financeiras da companhia, uma vez que, apesar de ter emitido títulos equiparáveis, pela ótica da essência econômica, a instrumentos de dívida, registrou-os contabilmente em patrimônio.

¹⁶⁹ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁷⁰ Não trataremos, nesse ponto, sobre a figura dos juros sobre capital próprio, por não ser o ponto central da análise proposta.

desse atrativo fiscal, ocorre a prática do endividamento excessivo, também chamada de subcapitalização ou capitalização fina (*thin capitalization*) da pessoa jurídica, como planejamento tributário que transfere lucros ao exterior.

O endividamento excessivo pode ocorrer tanto pela fixação (i) do percentual dos juros acima do padrão de mercado, como (ii) pelo volume total da dívida, que pode superar o capital social da empresa investida.

Com relação ao pagamento excessivo de juros, até a publicação da Medida Provisória nº 472/2009, convertida na Lei nº 12.249/2010, havia uma única regra na legislação brasileira que visava a combater o endividamento excessivo. Trata-se de ajuste de preço de transferência, voltado à grandeza relativa ao percentual dos juros – e não ao seu volume –, instituído pela redação original¹⁷¹ do art. 22 da Lei nº 9.430/1996.

Somente estavam sujeitas ao controle de preços de transferência as operações vinculadas a contratos de empréstimo internacional celebrados com partes relacionadas que não estivessem registrados no Banco Central do Brasil. Nesse caso, a regra determinava que o valor máximo de juros dedutíveis seria o equivalente ao obtido mediante a somatória da taxa *Libor*, para depósitos em dólar dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, e 3% anuais a título de *spread*.

Além da supracitada regra antielisiva específica, a RFB realizava o controle do endividamento excessivo, para fins de IRPJ e CSLL, notadamente no que tange ao volume da dívida – e não ao percentual dos juros –, mediante a aplicação de duas regras gerais: (i) de dedutibilidade, atreladas à necessidade, usualidade ou normalidade (presentes até então nos arts. 299 e 379 do RIR de 1999¹⁷²); (ii) bem como a norma que controlava a Distribuição Disfarçada de Lucros - DDL (vide art. 464, VI, do RIR).

¹⁷¹ Com o advento das Leis nº 12.715/2012 e 12.766/2012, a sistemática sofreu significativas alterações. Passou-se a adotar três critérios: (i) taxa de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares dos Estados Unidos da América, na hipótese de operações em dólares dos Estados Unidos da América com taxa prefixada; (ii) taxa de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em reais, na hipótese de operações em reais no exterior com taxa prefixada; e (iii) *London Interbank Offered Rate* - LIBOR pela prazo de 6 (seis) meses, nos demais casos.

¹⁷² Decreto nº 3.000/1999.

Dada a ausência de regras de subcapitalização neste período, o *General Report of IFA*¹⁷³, em 1996, incluiu o Brasil no rol dos países nos quais inexistiam regras para combater tal prática.

A insuficiência do arsenal normativo brasileiro, bem como a preocupante insegurança jurídica pelo controle do endividamento excessivo por meio de regras gerais, com alta carga de indeterminação, restou definitivamente evidenciada com o resultado do julgamento do caso Colgate/Kolynos pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, em sessão de 24.08.2009. O caso tratava de operação de financiamento de aproximadamente US\$ 760 milhões, a partir de uma empresa controladora nos Estados Unidos, que ocorreu de duas formas: (i) parte em capital (US\$ 263 milhões); e (ii) parte em dívida (US\$ 497 milhões), com repercussões em dedutibilidade de juros e quanto à respectiva variação cambial negativa.

A Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes cancelou as exigências consubstanciadas nos Autos de Infração, aos fundamentos de inexistência de regras de subcapitalização e realidade do negócio jurídico de empréstimo. Todavia, a Câmara Superior reformou essa decisão, sob o fundamento de que a despesa não seria necessária, uma vez que os recursos poderiam ter sido integralizados em capital social.

Motivado pelo resultado do julgamento do caso Colgate/Kolynos, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 472, em 15 de dezembro de 2009, apenas quatro meses após a decisão da Câmara Superior. A exposição de motivos da Medida Provisória deixou claro o intuito antielisivo das novas regras, sobretudo ao expressar que a “O objetivo é controlar o endividamento abusivo junto a pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais”.

Em 14 de junho de 2010, foi publicada a Lei nº 12.249, produto da conversão da referida Medida Provisória, instituindo o regime definitivo das regras brasileiras de subcapitalização, extraídas dos arts. 24 a 26. Em resumo, as regras consistem na limitação, individual e global, da dedutibilidade dos juros pagos nas seguintes hipóteses e montantes:

¹⁷³ INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Cahiers de Droit Fiscal International: International Aspects of Thin Capitalization. *The Netherlands: Kluwer Law International*, 1996. v. LXXXIb, p. 104.

- i) 2:1 em relação à participação societária da vinculada no exterior (limite individual).
- ii) 2:1 em relação ao patrimônio líquido, quando a vinculada no exterior não possuir participação societária (limite individual).
- iii) 2:1 em relação à totalidade do endividamento com vinculadas no exterior versus as participações societárias das vinculadas (limite global).
- iv) 30% do patrimônio líquido, no caso de países com tributação favorecida (limite global).

É importante notar que as regras brasileiras de subcapitalização coexistem com as regras relativas a ajustes de preços de transferência, sendo que a primeira limita o endividamento quanto ao montante da dívida, ao passo que a segunda o faz mediante ajuste no percentual dos juros¹⁷⁴.

Tanto as regras de subcapitalização como as de preços de transferência, para a mineração, têm sido alvo de estudos específicos na mineração, após a consolidação do Plano BEPS. Esses documentos serão avaliados em capítulo específico deste trabalho.

1.4.4. TRIBUTAÇÃO ESTADUAL

Em nível estadual, as mineradoras se sujeitam ao ICMS e às Taxas de Fiscalização de Recursos Minerais (TFRM), que incidem a uma alíquota específica sobre volume de produção, instituídas por Minas Gerais (Lei nº 19.976/2011), Pará (Lei nº 7.591/2011), Amapá (Lei nº 1.613/2011), Goiás (Lei nº 20.942/2020) e Mato Grosso do Sul (Lei nº 4.301/2012).

¹⁷⁴ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

1.4.4.1. A DESONERAÇÃO DO ICMS NAS EXPORTAÇÕES CUMPRE OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

O primeiro aspecto a ser destacado sobre o ICMS nas exportações minerais é que a sua desoneração, seja pela CRFB/1988 ou pela Lei Kandir, cumpre objetivos constitucionais. Não se trata simplesmente de uma opção econômica, e sim de dar efetividade a relevantes normas extraídas da Constituição, desde a sua redação primeva.

Em seu texto original, a CRFB/1988 não imunizou todas as exportações do ICMS. Foram desoneradas apenas as operações com produtos industrializados, excluídos os semielaborados definidos em lei complementar, sendo que lei complementar pode estender a não incidência do ICMS nas exportações para outras operações e serviços (art. 155, § 2º, XII, e).

Há na Constituição, portanto, desde a sua redação original, claro objetivo de progressiva desoneração das exportações, até a ampla imunidade do ICMS abarcar produtos primários e semielaborados¹⁷⁵. Essa parece ser a razão da existência da citada alínea "e", do inciso XII, do § 2º, do art. 155.

A edição da Lei Complementar nº 87 em 1996 (Lei Kandir), nesse ponto, foi pautada pela referida autorização constitucional para se ampliar a desoneração do imposto, preconizando a sua não incidência sobre quaisquer operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias (art. 3º, II).

Adveio a EC nº 42/2003, que ampliou a imunidade do ICMS às operações que destinem quaisquer mercadorias ao exterior (e não apenas produtos industrializados), bem como aos serviços prestados para destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do crédito relativo às operações anteriores.

O voto do então deputado federal Delfim Neto, na tramitação da PEC nº 41 que originou a EC nº 42/2003, é esclarecedor sobre os objetivos dessa norma:

¹⁷⁵ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. A tributação das exportações no contexto das propostas de reforma tributária. In SCAFF, Fernando Facury. DERZI, Misabel. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. TORRES, Heleno Taveira [Coords.]. *Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para que, para quem e como?* Belo Horizonte: Letramento, 2020.

O princípio da competitividade é perseguido por três outras mudanças: a desoneração ampla dos investimentos e das exportações [...].

As exportações não apenas são isentas como também se inova ao assegurar que créditos acumulados, especialmente do ICMS, possam ser transferidos para terceiros, a única mudança que falta ser adotada no atual sistema tributário, sob pena de que na prática a exoneração continue como está hoje, parcial.

O então deputado relacionou o pretense princípio da competitividade com a desoneração ampla das exportações e dos investimentos no país. Seria melhor que tivesse feito menção aos princípios do país de destino, da livre concorrência e da igualdade em matéria de comércio internacional, que serão avaliados adiante. De todo modo, é certo que todos eles contribuem para a competitividade do exportador brasileiro. Ademais, o voto transcrito deixa expresso que, sem a garantia de manutenção e de aproveitamento dos créditos de ICMS acumulados por força das exportações, não haveria a sua desoneração total.

O exposto até aqui permite identificar a existência de três etapas, ou marcos jurídicos, que denotam uma progressiva e gradual solidificação da garantia constitucional de não exportar tributos. Trata-se de um projeto constitucional de desoneração ampla das exportações¹⁷⁶, preconizado desde a redação original da Constituição, implementado no Brasil por três importantes marcos: a Constituição de 1988, a Lei Kandir e a EC nº 42/2003.

A existência do referido projeto constitucional parece clara quando se lê *as oposições a ele*, apresentadas pelo então constituinte Sr. Ademir Andrade (PSB/PA)¹⁷⁷:

Quero mostrar que, com relação ao ICM, também já há a isenção absoluta para todos os produtos industrializados, inclusive a possibilidade até de que se venha a excluir da incidência os semi-elaborados, conforme definição da Lei Complementar. Agora, Sr. Presidente, querem colocar aqui um absurdo. Vejam bem o seguinte: o item XII diz: "Cabe à Lei Complementar". Significa que vamos elaborar uma Lei Complementar, mas que antes de iniciarmos a sua elaboração já *somos obrigados, pela alínea e, a excluir da incidência do imposto, nas exportações, serviços e outros produtos, além dos mencionados no inciso X, a*, que já isenta todo o ICM e o Imposto Sobre Serviços, no caso dos transportes e das comunicações. Que outros impostos mais querem isentar, Sr. Presidente? Que tipo de coisa ainda querem criar? *Isso aqui é o absoluto, é tudo*. A partir

¹⁷⁶ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. A tributação das exportações no contexto das propostas de reforma tributária. In SCAFF, Fernando Facury. DERZI, Misabel. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. TORRES, Heleno Taveira [Coords.]. *Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para que, para quem e como?* Belo Horizonte: Letramento, 2020.

¹⁷⁷ BRASIL. DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, sexta-feira, 24 de agosto de 1988. Ano II – nº 297. Brasília/DF, p. 556.

disto, se este texto permanecer na Constituição do Brasil, tudo aquilo que for exportado não pagará absolutamente nada, não apenas do produto final, mas desde quando começou a ser trabalhado, de onde existia apenas a matéria-prima. Não pagará impostos a transportadora desse produto. Não pagará imposto o extrator desse produto na base. Não pagará quem ajudou a produzir o produto. É uma isenção total e absoluta para tudo, indiscriminada. – (gifei).

A leitura realizada pelo Sr. Ademir Andrade foi correta: “é uma isenção total e absoluta para tudo, indiscriminada”. As oposições ao projeto constitucional de desoneração ampla das exportações feitas pelo referido constituinte não foram suficientes para evitar que a Constituição de 1988 fosse editada como daquela forma, proclamando, como um de seus objetivos, a progressiva desoneração das exportações, até a sua totalidade.

Ou seja, a CRFB/1988 concebeu, em sua gênese, uma imagem de Estado que não exportasse tributos, projetando sua realização gradual, em homenagem ao princípio do país do destino e da não discriminação dos contribuintes exportadores brasileiros, corolário da isonomia.

Demonstrando a preocupação do constituinte derivado com a contaminação do preço dos produtos exportados pela tributação doméstica, é importante observar o Relatório Final apresentado quando da votação da Emenda à Constituição nº 33/2001, que acrescentou o § 2º, I, ao art. 149, da CRFB/1988 e estendeu a imunidade sobre receitas de exportação às contribuições. Afirmou-se, no relatório, que o dispositivo que desonera as receitas decorrentes de exportação das contribuições seria até mesmo imprescindível, tendo em vista a acirrada concorrência no comércio internacional pelo que “não se pode admitir qualquer forma de agregação de tributos a bens e serviços exportados”.

As regras constitucionais de desoneração da tributação indireta nas exportações encontram fundamento no princípio da neutralidade tributária (arts. 146-A, 150, II e 170, IV). Conforme Schoueri¹⁷⁸, há dois aspectos da livre concorrência, sendo um negativo, uma abstenção do poder público no domínio econômico; e um positivo, a intervenção no domínio econômico, conferindo igualdade entre particulares e neutralidade concorrencial.

¹⁷⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*, v. 11. São Paulo: Dialética, 2007.

No plano do comércio internacional, esse conjunto de normas configura o princípio do país do destino. A CRFB/1988 consagrou esse princípio em diversos dispositivos¹⁷⁹, relativos a impostos e contribuições. Schoueri, ao tratar de imunidades¹⁸⁰, afirma que “se o constituinte cria uma exceção a uma regra, deve-se, em nome do Princípio da Igualdade, encontrar um fundamento para a diferenciação”. Prossegue afirmando que essa diferenciação encontrará fundamento em algum valor tão caro à Constituição a ponto de justificar a exceção, ou na ausência de capacidade contributiva.

No caso da imunidade sobre exportações, o valor constitucional é a igualdade, da qual decorre a necessidade de neutralidade fiscal no fluxo internacional de bens e serviços. O mandamento constitucional de total desoneração das exportações como implementação do princípio do destino não faz (e seria ilógico que fizesse) qualquer distinção entre produtos industrializados, semielaborados ou primários.

É o que afirma Lucas Bevilacqua¹⁸¹, ao falar sobre o pensamento que, entre outras propostas de reforma tributária, sustenta a Proposta de Emenda à Constituição nº 42/2019¹⁸², de autoria do então Senador Antonio Anastasia e de outros vinte e sete Senadores, que pretende revogar a imunidade do ICMS sobre as exportações de *commodities*:

Infelizmente, tal pensamento ainda ronda nossos governantes. Em passado não muito remoto foi realizada proposta legislativa de redução progressiva da desoneração de produtos primários e semielaborados em 20% a cada ano, se alcançando, no prazo de cinco anos, a eliminação da desoneração, com vistas a “desestimular a exportação de produtos de menor valor agregado, estimulando a incorporação de conteúdo tecnológico à pauta brasileira de exportações”.

Muito embora o bom propósito do legislador, dado o objetivo perseguido de industrialização com inovação tecnológica, tal norma tributária não se presta para tal desiderato, quanto ao menos em matéria de ICMS, na medida em que deve ser balizada

¹⁷⁹ Como exemplos de imunidade nas exportações: o IPI (art. 153, § 3º, III), o ICMS (art. 155, § 2º, X, “a”) e o ISSQN (art. 156, § 3º, II), para os impostos, e a Emenda Constitucional 33/2001, através da inclusão do parágrafo 2º e seu inciso I ao artigo 149 da Constituição, que estendeu a imunidade às Contribuições: “§ 2º *As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: I — não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação*”.

¹⁸⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434.

¹⁸¹ BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos Fiscais à Exportação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145-146.

¹⁸² BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 42/2019. Revoga a não incidência de ICMS na exportação de produtos não-industrializados e semielaborados. Disponível em << <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136165> >>. Acesso em 05.07.2022. Texto original.

pelo princípio da neutralidade no fluxo internacional de mercadorias, que tem como consectário imediato o princípio do país do destino. O princípio do país do destino não realiza qualquer *discrímen* ao determinar a desoneração tributária de mercadorias, sendo irrelevante tratar-se de produtos industrializados ou *in natura*, portanto, a desoneração deve alcançar, indistintamente, todas as mercadorias: industrializadas e *in natura*.

Daí que o princípio do país do destino, ao limitar a base de tributação do país exportador aos bens e serviços consumidos em seu território, cumpra o valor constitucional de manter a neutralidade do fluxo internacional de bens e serviços. Andou bem a Lei Kandir (LC nº 87/1996) e o constituinte derivado (EC nº 42/2003), ao alinhar as regras brasileiras aos padrões do *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 30/1994 e promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994, cujo art. XVI consagra o princípio da tributação no país do destino para os impostos sobre o consumo, tal qual o ICMS.

No mesmo sentido, o Brasil celebrou outros compromissos internacionais cujo conteúdo é a neutralidade no fluxo internacional de bens e serviços, evitando a discriminação de contribuintes exportadores. Conforme Lucas Bevilacqua e Rafael Fonseca¹⁸³, na vigência da Constituição de 1988, o Brasil assinou o Acordo de Marrakesh, constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), e todo o conjunto de acordos que arremataram a Rodada do Uruguai, com destaque para o GATT e para o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), que preveem expressamente o princípio do destino.

Conforme o Ministro Gilmar Mendes¹⁸⁴, a desoneração das exportações tem ainda a finalidade de cumprir a diretriz de desenvolvimento nacional, contida no art. 3º, I, da CRFB/1988:

No tocante ao estímulo às exportações, entendo razoável a sua admissão como *diretriz decorrente do art. 3º, I, da Constituição*, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a *garantia do desenvolvimento nacional*.

¹⁸³ BEVILACQUA, Lucas; FONSECA, Rafael. Compensações pela desoneração do ICMS nas exportações de bens primários e semielaborados. In SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Federalismo (s)em Juízo*. São Paulo: Noeses, 2019, p. 373.

¹⁸⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 474132, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010.

É possível extrair da Constituição Federal de 1988 clara orientação normativa no sentido da desoneração da atividade exportadora, *com a finalidade de aumentar a competitividade dos produtos brasileiros* no mercado internacional. – (grifei).

Daí não ser relevante, conforme bem apontou Lucas Bevilacqua, a diferenciação entre produtos industrializados e *in natura* para fins de aplicação do princípio do país de destino.

Para Ricardo Lobo Torres¹⁸⁵, o princípio do país do destino, além do aspecto da igualdade e da neutralidade fiscal no comércio internacional, também realiza o princípio da capacidade contributiva. Por isso, a tributação deve ocorrer apenas onde os bens e serviços são consumidos, evitando-se sua dupla tributação (no país exportador e no importador). No mesmo sentido, Douglas Yamashita¹⁸⁶ afirma que “porque restringe a tributação internacional de mercadorias e serviços exclusivamente ao país de destino”, “o princípio do país do destino realiza o princípio da capacidade contributiva”.

Essa contextualização jurídica do tema é relevante, uma vez que, além da Proposta de Emenda à Constituição nº 42/2019, há muitos projetos que pretendem o retorno da incidência do ICMS sobre as exportações minerais.

O desastre de Brumadinho levou à criação, pela Câmara dos Deputados, da “Comissão Externa destinada a fazer o acompanhamento e fiscalizar as barragens existentes no Brasil, em especial, acompanhar as investigações relacionadas ao rompimento em Brumadinho- MG”, sob a relatoria do Deputado Júlio Delgado (PSB/MG).

A referida Comissão editou oito propostas legislativas relacionadas ao ocorrido em Brumadinho, duas delas com o objetivo de permitir a cobrança de ICMS sobre a exportação de produtos primários de minerais metálicos: (i) a PEC nº 90/2019¹⁸⁷, que revoga a imunidade sobre a exportação de “produtos primários de minerais metálicos” e o (ii) PLP nº 126/2019¹⁸⁸, que

¹⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da não-cumulatividade e o IVA no direito comparado. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da não-cumulatividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 161.

¹⁸⁶ YAMASHITA, Douglas. *Direito Tributário – uma visão sistemática*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210.

¹⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 90/2019. Altera o Sistema Tributário Nacional para excluir isenção à atividade mineral. Disponível em << <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206373> >>. Acesso em 05.07.2022. Texto original.

¹⁸⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 126/2019. Dispõe sobre exclusão da isenção tributária de produtos primários da atividade mineral. Disponível em: <<

altera a Lei Kandir para revogar a isenção de ICMS sobre a saída com fim específico de exportação de “produtos primários oriundos de atividade mineral”¹⁸⁹. As principais justificativas apresentadas Comissão são:

- (i) a desoneração de produtos minerais deve ser uma matéria a ser tratada em âmbito infraconstitucional;
- (ii) os incentivos à exportação não podem ser irrestritos e ilimitados. Desonerar operações de venda ao exterior de produtos em estado primário perpetua uma lógica de exportação de matéria-prima bruta e importação de bens com elevado valor agregado;
- (iii) Nada mais justo do que dividir ganhos auferidos por grandes grupos empresariais com quem tanto é afetado pela atividade mineral.

Alguns pontos levantados pela Comissão foram enfrentados no tópico 2.2 deste trabalho, ao ser demonstrado que a maldição dos recursos minerais não é um destino obrigatório. De todo modo, vale tecer alguns comentários sobre os equívocos das premissas acima¹⁹⁰.

Em primeiro lugar, a premissa de que a desoneração de produtos minerais deveria ser tratada em âmbito infraconstitucional parece falsa pelos fundamentos expostos até aqui. Se há local adequado para regras de desoneração das exportações, este local é a Constituição, por força do seu projeto de desoneração gradual das exportações.

Também não parece adequada a premissa de que desonerar exportações de minerais perpetuaria a exportação de matéria-prima bruta e a importação de bens com elevado valor agregado, ao passo que onerar exportações de minério atrairia investimentos internacionais em industrialização. Não há, entre os principais países mineradores, exemplos bem-sucedidos de tributação das exportações. Em estudo intitulado *Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes*, a PwC apresenta o cenário de 22 países mineradores, dos quais apenas as

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201535> >>. Acesso em: 05.07.2022. Texto original.

¹⁸⁹ Não se trata de iniciativa inovadora. As PEC nº 92 e 122, de 2011, com idêntico objetivo, foram arquivadas em 31 de janeiro de 2019, nos termos do art. 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

¹⁹⁰ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. A inconstitucional tentativa de cobrar ICMS nas exportações de minerais metálicos. In *Revista Consultor Jurídico de 8 de setembro de 2019*. Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2019-set-08/opiniaocobraricms-exportacao-minerais-inconstitucional> >>. Acesso em: 05.07.2022.

Filipinas cobram impostos indiretos nas exportações minerais¹⁹¹. Austrália, Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Chile, Peru, dentre outros, desoneram tais exportações. Ou seja, inexistente suporte empírico para a premissa de que tributar as exportações de minério geraria desenvolvimento.

No estudo da *Stanford Economics and Finance* com o Banco Mundial, intitulado *Recursos Naturais: nem maldição nem destino*¹⁹², verificam-se exemplos detalhados de diversos países que souberam transformar sua riqueza mineral em desenvolvimento industrial e tecnológico. É o caso dos Estados Unidos e da Austrália¹⁹³:

Em uma negligenciada nota de rodapé, Maddison escreve, ‘Ao definir liderança em produtividade, ignorei o caso especial da Austrália, cujas impressionantes realizações precedentes à Primeira Guerra Mundial se devem em grande medida mais às vantagens em recursos naturais do que em avanços técnicos e do capital acumulado pelo homem. [...] Quão inesperado é, portanto, descobrir que em 1913 os Estados Unidos eram o produtor mundial dominante de todos os principais minerais industriais daquela era. Aqui e ali algum país rivalizou com os Estados Unidos em algum mineral – França em bauxita, por exemplo – mas nenhuma ação se aproximava sequer remotamente dos Estados Unidos em variedade e intensidade de sua abundância mineral geral. Ademais, há razões para crer que a condição de abundância de recursos foi um significativo fator na modelagem, senão na propulsão, do caminho dos E.U. na liderança global em industrialização. – (tradução livre).

Os Estados Unidos nunca cobraram impostos sobre exportações¹⁹⁴. Trata-se de garantia extraída expressamente do artigo 1º da Constituição americana, contida na Seção 9, que

¹⁹¹ RALBOVSKY, Stephen F. Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes A summary of rates and rules in selected countries. *PwC*, 2012. Disponível em << <https://www.pwc.com/gx/en/energy-utilities-mining/publications/pdf/pwc-gx-mining-taxes-and-royalties.pdf> >>. Acesso em 05.07.2022.

¹⁹² LEDERMAN Daniel, MALONEY, William F (Edit.). *Natural resources: neither curse nor destiny*. A copublication of Stanford Economics and Finance and the World Bank, 2007, p. 185.

¹⁹³ *In a neglected footnote, Maddison writes, “In defining productivity leadership, I have ignored the special case of Australia, whose impressive achievements before the First World War were due largely to natural resource advantages rather than to technical achievements and the stock of man-made capital” (p. 45, note 1). ...*

How unexpected it is, therefore, to find that in 1913 the United States was the world’s dominant producer of virtually every one of the major industrial minerals of that era. Here and there a country rivaled the United States in one or another mineral—France in bauxite, for example—but no other nation was remotely close to the United States in the depth and range of its overall mineral abundance. Furthermore, there is reason to believe that the condition of abundant resources was a significant factor in shaping, if not propelling, the U.S. path to world leadership in manufacturing. Texto original.

¹⁹⁴ WATSON, Patrick W. The U.S. Has Never Had A Tax On Exports. *Forbes*, 2017. Disponível em << <https://www.forbes.com/sites/patrickwwatson/2017/02/13/the-us-has-never-had-a-tax-on-exports/#5e4086192dac> >>. Acesso em 05.07.2022.

determina proibições ao Poder Legislativo: *No Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State*. No mesmo estudo de Stanford com o Banco Mundial, os autores expressam que até os céticos quanto à possibilidade de desenvolvimento a partir de recursos naturais não renováveis concordam que políticas de restrição à sua exportação (no que se inclui a cobrança de tributos) tiveram consequências desastrosas¹⁹⁵:

Mesmo céticos quanto ao desenvolvimento baseado em recursos naturais reconhecem que políticas de restrição às exportações para ‘conservar’ recursos não renováveis tiveram consequências desastrosas (Auty and Mikesell 1998, 47). [...].

Na realidade, os chamados recursos naturais requerem extensivo investimento para possuir algum valor – talvez ainda mais hoje do que no passado – e tais investimentos incluem não apenas capital físico e transporte, mas também a aquisição de conhecimento sobre o recurso-base e o desenvolvimento de tecnologias que aumentem o seu valor. – (tradução livre).

Em terceiro lugar, não parece ser verdadeira a premissa de que os grandes grupos mineradores não dividiriam seus ganhos com a sociedade, já que extrairiam seus produtos sem qualquer contrapartida à população. Como demonstrado no tópico 2.2, as mineradoras, mesmo ao exportar seus produtos, sujeitam-se à incidência do IRPJ, sendo 24,5% repassado aos municípios pelo Fundo de Participações dos Municípios, bem como da TFRM e da CFEM.

Pelas regras atuais, 60% do produto da arrecadação da CFEM é destinado ao município extrator, 15% aos municípios afetados pela atividade e outros 15% ao Estado onde a produção ocorreu. Nesse sentido, André Souza e Lucas Furtado¹⁹⁶ demonstram o desenvolvimento de Parauapebas/PA a partir dos recursos do *royalty* mineral:

A atividade mineradora de grande porte, presente em Parauapebas, configura-se numa abundante fonte de recurso financeiro para a prefeitura local, uma vez que a principal fonte de receita municipal é oriunda da arrecadação da Compensação Financeira pela

¹⁹⁵ *Even skeptics about resource-based development concede that policies to restrict exports in order to “conserve” nonrenewable resources have had disastrous consequences (Auty and Mikesell 1998, 47). [...]*

In reality, so-called natural resources require extensive investments before they are valuable—perhaps more so today than in the past—and the required investments include not just physical capital and transportation, but also the acquisition of knowledge about the resource base and the development of technologies that increase the value of that resource base. LEDERMAN Daniel, MALONEY, William F (Edit.). *Natural resources: neither curse nor destiny*. A copublication of Stanford Economics and Finance and the World Bank, 2007, p. 195. Texto original.

¹⁹⁶ SOUZA, André Santos de. FURTADO, Lucas Larcerda. A Importância da Compensação Financeira pela Exploração Mineral no Município de Parauapebas (PA). *Revista da Faculdade de Engenharia de Minas e Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará*. UFPA, 2013.

Exploração Mineral (CFEM), também chamado de royalty. Este representa um quarto da arrecadação municipal. A ocorrência do crescimento econômico do município nos últimos anos vem se caracterizando pela melhoria de qualidade de vida da população. Os indicadores sociais mostram que o número de analfabetos no município foi reduzido significativamente.

Quanto à premissa de que as mineradoras exportadoras apresentariam conduta empresarial negligente, trata-se de imprudente generalização. Em qualquer segmento econômico, há bons exemplos. De todo modo, o ICMS, enquanto tributo, não pode ser utilizado para sancionar eventual conduta empresarial negligente, por não ser apto a punir atos ilícitos (art. 3º, do CTN).

Desse modo, deve-se ter como premissa que a CRFB/1988 consagrou o princípio do país de destino de maneira indiscriminada e generosa, como meio para garantir a neutralidade fiscal e a isonomia. Segundo esse princípio, as transações internacionais devem ser tributadas apenas no país de destino, desonerando a exportação por completo, mesmo se seu objeto forem *commodities* minerais.

1.4.4.2. RESTRIÇÕES AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS ACUMULADOS EM DECORRÊNCIA DE EXPORTAÇÕES

Como visto, a EC nº 42/2003 não só imunizou integralmente as exportações da incidência do ICMS, como garantiu (i) a manutenção e (ii) o aproveitamento dos créditos acumulados em decorrência das operações e prestações anteriores. O art. 25, § 1º, da Lei Kandir dispõe da mesma forma.

Por ser uma garantia constitucional, reforçada por lei complementar, trata-se de norma de eficácia plena, não demandando regulamentação local e que não pode sofrer qualquer tipo de restrição quanto à sua aplicação. É dizer, o contribuinte não precisa seguir regulamento local ou esperar que seja publicada norma autorizativa pelo ente competente para fruir seu direito, uma vez que ele decorre diretamente da Constituição. Admitir o contrário seria esvaziar a efetividade do texto constitucional, o que já foi há muito superado na doutrina e na

jurisprudência, como se vê na decisão monocrática do Ministro Luiz Fux na Reclamação nº 25.774/PR, recorrendo à célebre lição de Rui Barbosa¹⁹⁷:

Em sua época, Rui Barbosa já preconizava a importância de efetividade da Constituição da República: ‘Não há, numa constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras.’ (Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, Tomo II, 1933, p. 489).

Considerar o contrário é trazer um sentimento de frustração à sociedade, ao cidadão que, ao não obter a efetividade a um seu direito, passa a descrer não apenas no órgão encarregado de elaborar a norma, mas também, no Poder Judiciário e, em escala, na própria Constituição da República.

Ocorre que o aproveitamento desses créditos de ICMS, acumulados em decorrência de exportação, tem encontrado obstáculos em diversos Estados brasileiros, em geral de ordem burocrático-formal, mediante procedimentos complexos e demorados, que impedem a concretude do direito garantido constitucionalmente.

Em relevante estudo sobre a matéria¹⁹⁸, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) demonstrou os principais empecilhos criados pelos dez Estados com maior expressão em exportações:

¹⁹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 25774/PR. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. DJe 09.02.2017.

¹⁹⁸ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Perda de Competitividade das Exportações: o Problema do Acúmulo de Créditos de ICMS. *Confederação Nacional da Indústria*. Brasília: CNI, 2018.

Tabela 5 – Restrições ao aproveitamento de créditos acumulados de ICMS

Estados	AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA COMPENSAÇÃO			RESTRIÇÕES À UTILIZAÇÃO OU TRANSFERÊNCIA		
	ICMS-ST	ICMS-Importação	ICMS-DIFAL (previsão específica)	Autorização prévia	Limitação de valores	Inexistência de débitos, inclusive exigibilidade suspensa
BA	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Não
ES	Não	Em parte	Em parte	Sim	Não	Não
MG	Não	Em parte	Não	Sim	Sim	Sim
MT	Não	Não	Sim	Sim	Não	Sim
PA	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Não
PR	Não	Em parte	Não	Sim	Sim	Não
RJ	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não
RS	Não	Não	Não	Sim	Não	Não
SC	Não	Em parte	Não	Sim	Não	Sim
SP	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Sim

Fonte: CNI (2018)

A tabela evidencia importantes conclusões: (i) todos os Estados analisados exigem burocrático processo de autorização prévia para o aproveitamento dos créditos acumulados; (ii) todos impedem a compensação dos créditos acumulados com o ICMS devido por substituição tributária; (iii) 60% dos Estados criaram algum embaraço à compensação dos créditos com o ICMS-Importação; (iv) 90% dos Estados impedem, de alguma forma, a compensação dos créditos com o ICMS-DIFAL (diferencial de alíquotas); (v) 50% dos Estados limitam o montante do crédito acumulado passível de aproveitamento em cada competência pelo exportador; e (vi) 40% exigem que o exportador – e por vezes o adquirente do crédito – não possua qualquer débito no Estado, incluindo os débitos com exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

A inconstitucionalidade e a ilegalidade dessas normas têm levado o Poder Judiciário a se pronunciar em diversas ocasiões. Infelizmente, o STF firmou jurisprudência histórica no sentido de que tais restrições e limitações ao direito de aproveitar os créditos acumulados seriam referentes a matéria infraconstitucional¹⁹⁹, optando por não a julgar. O STJ, por outro lado, tem

¹⁹⁹ “Eventual discordância entre o previsto em lei complementar em relação ao crédito discutido nos autos e a legislação que regulamenta a possibilidade da transferência desses créditos, depende do exame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, providência inviável em sede de apelo extremo, ante a ausência de ofensa direta à Constituição Federal.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1354133 ED-AgR. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. DJe 01/07/2022.

proferido muitas decisões a respeito, sob o enfoque do art. 25, § 1º, da Lei Kandir, afirmando seu caráter “autoaplicável”, que não pode ser limitado por norma local²⁰⁰:

Por determinação legal, a operação de compensação de débitos com créditos ocorre anteriormente a qualquer outra operação (caput do art. 25). Ao final, havendo saldo de créditos de ICMS, abre-se a possibilidade de apropriação, utilização ou transferência pelo contribuinte (§§ 1º e 2º do art. 25). O aproveitamento desse saldo, quando embasado no § 1º do art. 25 da Lei Complementar n. 87, não pode ser limitado por lei estadual. "Por ser autoaplicável o § 1º do art. 25 da Lei Complementar n. 87/96, e sendo os créditos oriundos de operações disciplinadas no art. 3º, inciso II, do mesmo normativo, 'não é dado ao legislador estadual qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos do ICMS, sob pena de infringir o princípio da não-cumulatividade, quando este aproveitamento se fizer em benefício de qualquer outro estabelecimento seu, no mesmo Estado, ou de terceiras pessoas, observando-se para tanto a origem no art. 3º". Nesse sentido: AgRg no AREsp 187.884/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 18/6/2014; AgRg no AREsp 151.708/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 14/6/2012; AgRg no REsp 1.247.425/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 16/9/2011; RMS 13.969/PA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 4.4.2005; RMS 13544/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 2.6.2003, p. 229. [...]. (REsp 1505296/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/12/2015)

A partir desse entendimento consolidado pelo STJ, as restrições estaduais relativas ao aproveitamento do crédito acumulado de ICMS em decorrência de exportações têm sido reiteradamente rechaçadas.

Chama a atenção que o STJ venha estendendo a referida jurisprudência até mesmo para os adquirentes dos créditos acumulados em decorrência de exportação. Ou seja, tal qual ocorre com o exportador (cedente), aquele que adquirir os créditos (cessionário) também é protegido pelo art. 25, § 1º, da Lei Kandir. É ver o AgInt no AREsp 1.921.101/RS, julgado em 23.05.2022, no qual o Estado do Rio Grande do Sul pleiteava a impossibilidade de se estender ao cessionário as mesmas garantias que a jurisprudência da Corte Superior garante ao cedente²⁰¹:

Na origem, trata-se de mandado de segurança, com pedido de tutela de urgência, impetrado por CLP Tabacos do Brasil Ltda. contra suposto ato ilegal do Subsecretário da

²⁰⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1505296/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/12/2015.

²⁰¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp n. 1.921.101/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 26/5/2022.

Receita Estadual do Rio Grande do Sul, com o escopo de obter decisão judicial que reconheça o direito líquido e certo de transferir o seu saldo credor de ICMS, utilizado na proporção que as exportações representem do total das saídas realizadas (art. 25, § 1º, II, LC n. 87/96), sem qualquer limitação, restrição ou cronograma de aproveitamento impostos indevidamente pelo Estado, inclusive no que se refere ao aproveitamento integral e imediato do seu montante por terceiro adquirente.

[...]

Interposto agravo interno, a parte agravante traz, resumidamente, os seguintes argumentos:

[...]

Com efeito, diferentemente do que apanhado pela decisão agravada, não está em discussão a transferência dos saldos credores acumulados de ICMS-exportação. Essa questão é apenas remota, porque a real causa debatida é a utilização pelas cessionárias dos créditos de ICMS-exportação em desacordo com os limites temporais previstos na legislação tributária estadual.

O agravo interno não merece provimento. A Corte de origem analisando os autos, assim se pronunciou:

[...]

Entretanto em relação ao aproveitamento dos créditos por terceiro adquirente - e esse o objeto recursal-, impõe-se a reforma da sentença, na esteira da fundamentação lançada na decisão deferitória da liminar recursal, proferida no AI nº 5009108-60.2020.8.21.7000.

Por primeiro, tenho a impetrante como legitimada a resguardar direito à transferência de seus créditos a terceiros sem indevidas restrições que, óbvio, implicam em podar direito seu.

Depois, repiso ser firme o entendimento desta Corte no sentido de não subsistirem as limitações impostas pelo regulamento do ICMS estadual à transferência de créditos acumulados em razão da exportação de mercadorias, na medida em que a própria Lei Complementar nº 87/96 não estabelece qualquer restrição.

Fundamento que igualmente justifica o afastamento das restrições impostas pelo RICMS/RS ao aproveitamento dos créditos de ICMS por terceiro adquirente.

[...]

A decisão proferida pelo Tribunal de origem, a qual foi dada na medida da pretensão deduzida, de que o Estado federado exorbita de seu poder regulamentar ao limitar o aproveitamento dos créditos de ICMS de exportação de mercadorias por empresa cessionária, vai ao encontro da jurisprudência do STJ. Confirmam-se: [...]

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno. – (grifei).

Isso significa que o objeto do art. 25, § 1º, da Lei Kandir é a garantia ao aproveitamento do crédito acumulado em decorrência de exportação, seja quem for o seu titular. A norma protege o crédito, e não o sujeito que o titula. Por isso ela pode ser invocada tanto pelo cedente como pelo cessionário.

Ainda que a jurisprudência citada do STJ não mereça qualquer reparo, fato é que a própria necessidade de judicializar a matéria é evidência de que as restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS nas exportações vêm sendo sofridas pelo contribuinte de maneira indevida.

Esse cenário causa graves problemas à competitividade do exportador brasileiro. Conforme o Fundo Monetário Internacional (FMI)²⁰², o tempo médio de restituição do Imposto sobre Valor Agregado (IVA), em trinta e seis países analisados, vai de apenas um dia a três meses, a partir da data de apropriação dos respectivos créditos, sendo mais comum o prazo de trinta dias:

Não é surpresa, portanto, que 90% dos entrevistados (veja a Tabela A3 no Apêndice) relatem que suas autoridades fiscais são obrigadas a fazer os reembolsos dentro de um prazo determinado, variando de 24 horas (como no caso do Peru, onde uma garantia é fornecida pelo requerente) a 90 dias (na França). O período legal mais comum para fazer reembolsos é de 30 dias (40% dos países pesquisados têm um período de reembolso de 30 dias). – (tradução livre) (grifei).

No Brasil, como visto, o contribuinte precisa propor demoradas medidas judiciais para concretizar o seu direito ao ressarcimento dos créditos, encartado na CRFB/1988 e na Lei Kandir, que tramitam por muito mais do que trinta ou noventa dias.

Fernando Facury Scaff aborda o assunto sob a ótica da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25. Trata-se de ação proposta pelo Governador do Estado do Pará em desfavor do Congresso Nacional, em virtude da sua omissão quanto à edição da lei complementar prevista na EC nº 42/2003 acerca dos parâmetros para as transferências do valor do ICMS desonerado nas exportações aos estados (art. 91 do ADCT). O Ministro Relator Gilmar Mendes conduziu a celebração de um acordo pelo qual a União repassará R\$ 58 bilhões aos estados, entre 2020 e 2037²⁰³. A Lei Complementar nº 176/2020 estabeleceu, posteriormente,

²⁰² *It is of no surprise, therefore, that 90 percent of survey respondents (see Table A3 in the Appendix) report that their tax authorities are required to make refunds within a prescribed timeframe, ranging from 24 hours (as in the case of Peru, where security is provided by the claimant) to 90 days (in France). The most common statutory period for making refunds is 30 days (40 percent of the survey countries have a 30-day refund period).* HARRISON, Graham; KRELOVE, Russell. VAT Refunds: A Review of Country Experience. *IMF Working Paper*. Fundo Monetário Internacional, 2005. Disponível em: <<
<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/VAT-Refunds-A-Review-of-Country-Experience-18646>
 >>. Acesso em 05.07.2022. Texto original.

²⁰³ “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser

as condições para esse repasse, tendo sido então revogado o art. 91 do ADCT. Para o Professor titular de Direito Financeiro da USP, “faltou um ator importantíssimo em todo esse cenário: o ressarcimento dos créditos de ICMS acumulados decorrentes da exportação.”²⁰⁴

É que, na petição inicial da ADO nº 25, o Governador do Estado do Pará aludiu às “perdas” decorrentes da desoneração das exportações e da necessidade de se garantir ao exportador o aproveitamento dos créditos de ICMS, cuja manutenção decorre do mesmo arcabouço normativo. Por isso, Scaff²⁰⁵ propõe que entidade autorizada a tanto, representando os contribuintes, proponha Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF) perante o STF, “pedindo que, do montante que a União transfere aos estados, seja apartado o valor devido referente aos créditos acumulados de ICMS decorrentes de exportação”:

Exposto o problema e a solução adotada, observa-se que faltou um ator importantíssimo em todo esse cenário: o ressarcimento dos créditos de ICMS acumulados decorrentes da exportação. Nem um pio foi dito sobre isso, a despeito de, na petição inicial da ADO 25, esse argumento ter sido apresentado em favor do que se pretendia.

O que fazer para solucionar esta omissão? Ocorrem-me duas alternativas.

A primeira é não fazer nada e aguardar de braços cruzados que os Estados paguem os créditos acumulados de ICMS decorrentes dessas exportações.

A segunda é mais eficaz. Ingressar com uma ação de descumprimento de preceito fundamental, diretamente junto ao STF, através de uma confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, pedindo que, do montante que a União transfere aos estados, seja apartado o valor devido referente aos créditos acumulados de ICMS decorrentes de exportação. Desse modo, antes da transferência, haveria a separação de um montante para devolver estes créditos, impedindo que os estados posterguem o pagamento, como vem sendo efetuado há décadas.

transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 25, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 18/08/2017.

²⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sugestões para pagamento pela União do ICMS devido por estados sobre exportações. *In Revista Consultor Jurídico de 1 de novembro de 2021*. Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2021-nov-01/ideias-pagamento-uniao-icms-estados-exportacoes#:~:text=As%20diversas%20propostas%20de%20reforma,o%20assunto%2C%20escrevo%20breves%20linhas>. >>. Acesso em: 05.07.2022.

²⁰⁵ SCAFF, Fernando Facury. Sugestões para pagamento pela União do ICMS devido por estados sobre exportações. *In Revista Consultor Jurídico de 1 de novembro de 2021*. Disponível em: << <https://www.conjur.com.br/2021-nov-01/ideias-pagamento-uniao-icms-estados-exportacoes#:~:text=As%20diversas%20propostas%20de%20reforma,o%20assunto%2C%20escrevo%20breves%20linhas>. >>. Acesso em: 05.07.2022.

Claro que esta segunda opção é mais complexa, porém mais eficaz, a despeito de algumas dificuldades procedimentais, tal como a de operacionalizar a separação desses valores, caso uma decisão advenha do STF nesse sentido.

O fato é que tais créditos – que se constituem em débitos dos estados, e, portanto, devem ser inscritos dentre suas dívidas – tem que ser pagos. E esta é uma oportunidade inigualável para o fazer – duvido que outra surja nos próximos anos.

É necessário agir, pois, a depender dos estados, esse débito vai ser engolido pelas reformas tributárias que se avizinham.

O argumento convence, afinal, são os próprios Estados – como visto na petição inicial da ADO nº 25 – que fundamentam uma das razões das “perdas” com a Lei Kandir e com a EC nº 42/2003 na sua obrigação de ressarcir os créditos de ICMS acumulados pelos exportadores.

De fato, há uma correlação funcional entre (i) a norma que imuniza a exportação do ICMS e garante a manutenção e o aproveitamento dos créditos acumulados e (ii) a norma que obriga a União a ressarcir os estados exportadores. Os recursos da segunda norma devem ser usados, ainda que parcialmente, para cumprir o comando da primeira.

Por outro lado, a CNI, ante o mesmo cenário, propôs três recomendações²⁰⁶:

- 1) O afastamento das restrições inconstitucionais e ilegais de compensação dos créditos acumulados nas exportações com determinados débitos de ICMS, notadamente ICMS-ST, DIFAL e ICMS-Importação;
- 2) A inclusão na Lei Kandir de dispositivos mais claros sobre os limites das atuações dos estados na regulamentação do direito à utilização e transferência dos créditos acumulados. Adicionalmente, a supressão, nas legislações estaduais, das restrições ilegais impostas ao aproveitamento dos créditos, tais como a necessidade de autorização pela autoridade competente e a limitação de valores;
- 3) A ampliação das formas de utilização dos créditos acumulados, com a inclusão da possibilidade de transferência para empresas interdependentes e para pagamento de débitos constituídos via lançamento fiscal e para pagamento de fornecedores na aquisição de insumos, máquinas e equipamentos.

²⁰⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Perda de Competitividade das Exportações: o Problema do Acúmulo de Créditos de ICMS. *Confederação Nacional da Indústria*. Brasília: CNI, 2018, p. 44.

A proposta de Fernando Facury Scaff dialoga perfeitamente bem com as propostas da CNI, uma vez que se deve apontar como obter os recursos necessários para que os estados permitam, sem quaisquer limites ou restrições, o aproveitamento dos créditos de ICMS acumulados por força das exportações.

Fica claro que não basta desonerar as exportações minerais – no que o Brasil não faz favor algum às mineradoras. Deve-se preocupar, seriamente, em ressarcir os créditos de ICMS das operações e prestações anteriores, em tempo razoável, compatível com a média de trinta dias praticada mundo afora, como manda a CRFB/1988 e a Lei Kandir, sob pena de se perpetuar grave afronta ao ordenamento jurídico e à competitividade do empreendedor brasileiro no comércio internacional. Mas, para isso, é fundamental que haja recursos disponíveis, no que a proposta de Scaff parece ser razoável solução.

1.4.4.3. TAXAS DE FISCALIZAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS

A criação das denominadas Taxas de Fiscalização de Recursos Minerais (TFRM) por Minas Gerais (Lei nº 19.976/2011), Pará (Lei nº 7.591/2011), Amapá (Lei nº 1.613/2011), Goiás (Lei nº 20.942/2020) e Mato Grosso do Sul (Lei nº 4.301/2012) parece se tratar de fenômeno intrinsecamente relacionado à crise do federalismo fiscal brasileiro. A hipótese é que os Estados mineradores, em frágil situação financeira, tenham criado uma pretensa taxa – que demandaria competência e proporcionalidade entre custo estatal e base de cálculo –, com fins de aumento de arrecadação líquida para o tesouro, o que não é compatível com essa espécie tributária.

Uma breve contextualização histórica será necessária para introduzir esse ponto.

Em 2011, mediante intensa pressão de Estados e Municípios que abrigam projetos mineradores, o Governo Federal anunciou que enviaria ao Congresso Nacional um projeto de lei denominado “novo marco regulatório da mineração” – tendo em vista a competência privativa da União para legislar sobre jazidas e minas, prevista no art. 22, XII, da CRFB/1988. A pressão desses entes federados tinha uma principal razão: entendia-se que os recursos da CFEM seriam insuficientes para “compensar” os impactos negativos causados em seus territórios pela atividade.

Por isso, o principal pleito federativo, vinculado ao dito “novo marco regulatório”, era o aumento dos *royalties*.

Nesse cenário, no dia 21 de abril de 2011, no tradicional evento em homenagem a Tiradentes em Ouro Preto, a então Presidente da República Dilma Rousseff afirmou: “Não é justo nem tampouco contribui para o desenvolvimento do Brasil que os recursos minerais do país sejam daqui retirados e não haja a devida compensação.” Ali, a Chefe do Executivo Federal se comprometeu publicamente a enviar, em poucos meses, projeto de lei ao Congresso Nacional que representaria o “novo marco regulatório do setor”, incluindo a majoração dos *royalties*²⁰⁷.

Ocorre que se passaram não poucos meses, e sim dois anos, até que, em 18 de junho de 2013, o Poder Executivo encaminhou o Projeto de Lei nº 5.807/2013 ao Congresso Nacional. Na oportunidade, em discurso proferido no Palácio do Planalto²⁰⁸, a Presidente da República afirmou:

A nova legislação para o setor mineral será enviada ao Congresso na forma de projeto de lei com urgência constitucional, como muito bem explicou o nosso ministro Lobão. Estou certa que essa urgência será considerada pelo Congresso diante da necessidade de maiores investimentos na mineração, na busca de compensação mais justa entre os entes federados que abrigam esta atividade e também, na garantia de respeito ao meio ambiente e às comunidades.

Na elaboração do projeto de lei definimos regras claras de transição que preveem respeito aos direitos adquiridos e aos projetos já em tramitação. Em relação aos *royalties* propomos a manutenção dos percentuais destinados aos municípios, estados e União, reconhecendo que a maior parte da renda cabe aos municípios já que neles ocorrem o maior impacto da exploração mineral.

As mudanças propostas contemplam o aprimoramento da sistemática de recolhimento da CFEM contribuindo para que os brasileiros tenham retorno mais justo das riquezas produzidas em seu território e em nosso país.

A CFEM a partir de agora incidirá sobre a receita bruta das empresas mineradoras tendo alíquotas de até 4%. Isso dará um incremento importante para o orçamento dos estados e municípios que convivem com a atividade mineraria.

A mudança na regra de cálculo permitirá praticamente dobrar a arrecadação proveniente dessa atividade. – (grifei).

²⁰⁷ GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013, p. 110.

²⁰⁸ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante cerimônia de lançamento do Marco Regulatório da Mineração. *Biblioteca da Presidência da República*: 2013. Disponível em << <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-lancamento-do-marco-regulatorio-da-mineracao-brasilia-df> >>. Acesso em 05.07.2022.

Ocorre que os Estados não esperaram a apresentação do Projeto de Lei nº 5.807/2013 (que também não avançou no Congresso Nacional). Ainda em 2011, poucos dias após a entrevista da Presidente da República para a rádio Itatiaia, afirmando que a promessa do “novo marco regulatório” demoraria mais alguns meses para se concretizar²⁰⁹, o Executivo mineiro já encaminhava à Assembleia Legislativa do Estado a Mensagem nº 112/2011, contendo o projeto de lei da TFRM. Disso resultou a promulgação da Lei nº 19.976, em 28 de dezembro de 2011, inaugurando essa espécie de taxa no país.

O objetivo declarado da Lei nº 19.976/2011 foi ressarcir o Estado de Minas Gerais pelos custos incorridos com o exercício regular do seu poder de polícia sobre as atividades de “pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento”²¹⁰ de determinados recursos minerais²¹¹. Segundo a mensagem de encaminhamento do projeto de lei à Assembleia Legislativa, o fundamento constitucional para a instituição do tributo seria o art. 23, XI da CRFB/1988, que outorga competência administrativa comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais” em seus territórios.

O movimento de criação do novo tributo foi articulado com os Estados do Pará e do Amapá, que logo em seguida promulgaram leis praticamente idênticas, instituindo a TFRM em seus territórios: a Lei nº 7.591, de 28 de dezembro de 2011 (Pará) e a Lei nº 1.613, de 30 de dezembro de 2011 (Amapá). Um ano depois, o Estado do Mato Grosso do Sul seguiu a tendência, promulgando a Lei nº 4.301, de 20 de dezembro de 2012. Por fim, no final de 2020, o Estado de

²⁰⁹ GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013, p. 110.

²¹⁰ Mensagem nº 112/2011 que encaminhou o projeto de lei à Assembleia Legislativa: “A instituição da TFRM tem por finalidade custear o exercício do poder de polícia exercido pelos diversos órgãos e instituições do Estado relativamente ao controle, monitoramento e fiscalização das atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerários no território mineiro”.

²¹¹ Art. 1º, da Lei nº 19.976/2011:

I – bauxita, metalúrgica ou refratária;

II – terras-raras;

III – minerais ou minérios que sejam fonte, primária ou secundária, direta ou indireta, imediata ou mediata, isolada ou conjuntamente com outros elementos químicos, de chumbo, cobre, estanho, ferro, lítio, manganês, níquel, tântalo, titânio, zinco e zircônio”.

Goiás se somou ao grupo, criando a sua taxa pela Lei nº 20.942 (que ainda não é cobrada por ausência de regulamentação).

Vários Estados instituíram outras taxas, nos mesmos moldes da TFRM, ou seja, taxa de fiscalização de recursos naturais, com base de cálculo atrelada ao volume do recurso aproveitado, em caráter linear, sem fixação de faixas de incidência e sem teto. O quadro abaixo elucida a situação:

Tabela 6 – Taxas sobre recursos naturais inspiradas na TFRM

Lei	Estado	Metodologia do cálculo
19.976/2011	Minas Gerais	1 Unidade Fiscal por tonelada de minério (art. 8º)
1.613/2011	Amapá	3 Unidades Fiscais por tonelada de minério (art. 6º)
7.591/2011	Pará	1 Unidade Fiscal por tonelada de minério (art. 6º)
4.301/2012	Mato Grosso do Sul	11,5% da Unidade Fiscal por tonelada de minério (art. 6º)
8.091/2014	Pará	0,2 da Unidade Fiscal por m ³ de recurso hídrico (art. 6º)
7.182/2015	Rio de Janeiro	R\$ 2,71 por barril de petróleo ou unidade equivalente de gás (art. 4º)
7.184/2015	Rio de Janeiro	R\$ 4,10 por MegaWatt-hora (art. 4º)
2.388/2018	Amapá	0,2 da Unidade Fiscal por m ³ de recurso hídrico (art. 6º)

Fonte: elaboração própria (2022)

Todas as leis possuem características muito semelhantes, com pequenas variações, sobretudo (i) quanto ao objeto submetido à fiscalização e incidência e (ii) valores – alíquota e base de cálculo. Por isso, para fins didáticos, a análise quanto à constitucionalidade do tributo que será feita adiante se pautará primordialmente na Lei nº 19.976/2011, do Estado de Minas Gerais, com a advertência de que todos os fundamentos são igualmente aplicáveis às demais leis.

Em texto escrito com Marciano Seabra de Godoi²¹², ficou demonstrado que a taxa mineira padece de diversas inconstitucionalidades que a invalidam por completo, principalmente: (a) as atividades descritas em seu art. 3º não configuram regular exercício de poder de polícia; (b) o critério temporal do fato gerador, eleito como a saída por venda do produto mineral, contradiz o seu critério material, que é um extenso rol de atividades do Estado; (c) não existe correspondência entre a base de cálculo da taxa (volume em toneladas ou suas frações) e o custo

²¹² GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013, p. 108.

incorrido pelo Estado na fiscalização dos contribuintes, tendo em vista a função linear *valor da taxa = valor ufemg x volume de minério extraído pelo contribuinte*, sem a estipulação de faixas de incidência e teto pré-estabelecido, em afronta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que é corroborado pela análise orçamentária da questão (previsão de arrecadação da taxa vs. despesas realizadas pelos órgãos arrolados pela lei na sua hipótese de incidência).

Naquele trabalho, concluiu-se que a análise das estimativas de arrecadação *versus* o orçamento dos órgãos incumbidos da prática dos atos mencionados na lei, assim como do seu fato gerador e sua base de cálculo, indica que a TFRM não constituiu uma válida e regular taxa de polícia, mas, em verdade, uma tentativa (politicamente admissível, mas juridicamente falha) de carrear aos cofres mineiros os recursos adiados que se esperava com o possível aumento da CFEM pelo “novo marco regulatório”. Em trabalho subsequente²¹³, foram apresentados fundamentos pertinentes à incompetência dos Estados para instituir a TFRM.

Tais vícios de inconstitucionalidade foram deduzidos pela CNI nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.785 (Minas Gerais), 4.786 (Pará) e 4.787 (Amapá), distribuídas no STF em 31.05.2012. Será visto adiante que a data de propositura dessas ações representou um problema de ordem argumentativa, uma vez que, como as taxas eram cobradas há pouquíssimo tempo, não havia dados orçamentários suficientes para demonstrar o excesso de arrecadação frente ao custo estatal com o suposto poder de polícia. Trabalhou-se apenas com estimativas de arrecadação e de gasto.

As referidas ADI tiveram seu início de julgamento em plenário presencial no STF no dia 30.06.2022, oportunidade em que foram lidos os relatórios e proferidas as sustentações orais, suspendendo-se o julgamento, que será retomado no dia 01.08.2022. Para a compreensão da matéria em julgamento e dos possíveis resultados, é importante o detalhamento jurídico da controvérsia.

a) A questão da incompetência estatal para a instituição da TFRM

Nas ADI, arguiu-se que o art. 23, XI, da CRFB/1988 não autorizaria os Estados a legislar sobre mineração, o que teria sido feito com a criação da TFRM, por se tratar de outorga

²¹³ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honorio de. A taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (TFRM) e as suas recentes alterações. In FREIRE, William. MATTOS, Tiago de. (coord.). *Aspectos controvertidos do Direito Minerário e Ambiental*. Belo Horizonte: Jurídica, 2013.

de competência administrativa, e não legislativa. Por outro lado, em sua defesa, os entes federativos arrazoaram que a competência geral para a criação de taxas, prevista no art. 145, II, da CRFB/1988, legitimaria a sua competência, sendo que o seu poder de polícia decorreria do dever de *fiscalizar* as concessões minerais, tal qual estatuído no citado art. 23, XI.

Como já demonstrado em trabalho anterior²¹⁴, a CNI parece ter razão ao arguir a incompetência estatal, por razões que extrapolam aquelas deduzidas nas ADI.

O fundamento mais relevante, que demonstra a incompetência estatal, não foi submetido à apreciação do STF: a TFRM consiste, na verdade, em um *royalty* mineral clássico, cuja competência, no Brasil, foi atribuída exclusivamente à União, pelo art. 20, § 1º, c/c art. 22, XII, da CRFB/1988. Disso decorre sua inconstitucionalidade.

Isso significa que há amplo espaço para que se deduza, contra a TFRM, o fundamento de que os Estados, ainda que pudessem criar uma taxa de polícia sobre a mineração (art. 23, XI), não poderiam estabelecer um *royalty* mineral, cuja competência é exclusiva da União (arts. 20, § 1º e 22, XII).

O que permite caracterizar a TFRM como um *royalty*, nos moldes da CFEM, é a sua identidade com a figura de uma *participação nos resultados da exploração mineral*, que corresponde à natureza jurídica da CFEM, vide RE nº 228.800/DF.

Como demonstrado, o STF decidiu que a CFEM, apesar de seu nome (que é irrelevante, nos termos do art. 4º, do CTN, para a identificação da sua natureza), não é compensação financeira, e sim *participação nos resultados da exploração mineral*. As duas alternativas foram dadas ao Poder Legislativo Federal, por força da reserva de lei contida no art. 20, § 1º e no art. 22, XII, da CRFB/1988. Mas a opção efetuada em 1989, e reforçada pela Lei nº 13.540/2017, foi por uma *participação no resultado*, tendo em vista a base de cálculo adotada não possuir qualquer relação com impactos da atividade, e sim com os resultados obtidos pelo minerador em sua atividade.

Isso se pode dizer igualmente de todas as TFRM. O fato de a lei ter estabelecido uma alíquota específica sobre volume de produção, em vez de uma alíquota *ad valorem* sobre receita,

²¹⁴ CASTRO JÚNIOR, Paulo Honorio de. A taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (TFRM) e as suas recentes alterações. In FREIRE, William. MATTOS, Tiago de. (coord.). *Aspectos controvertidos do Direito Minerário e Ambiental*. Belo Horizonte: Jurídica, 2013.

não muda o fato de que, quanto maior for a produtividade do minerador – e, por consequência, quanto maior for o seu resultado – igualmente maior será a participação do Estado na atividade. Isso caracteriza perfeitamente a participação no resultado da exploração mineral prevista no art. 20, § 1º, da CRFB/1988.

Há uma série de exemplos de *royalties* minerais mundo afora com a mesma estrutura da TFRM, chamados de *royalties* baseados em unidades (*unit-based* ou *specific royalties*), vide China, Indonésia, Austrália e Índia, conforme a pesquisa²¹⁵ conduzida por James Otto para o Banco Mundial:

Royalties baseados em unidades - A forma mais antiga de cálculo de royalties é baseada em uma taxa cobrada por unidade de volume ou peso e é chamada de royalties baseados em unidades ou específicos (este último usado principalmente na Austrália). Por exemplo, o royalty pode ser calculado com base em \$A5,00 por metro cúbico ou \$A2,50 por tonelada. Embora os royalties unitários baseados em volume costumassem ser aplicados em alguns países, principalmente para minerais industriais e petróleo bruto, eles foram amplamente substituídos por royalties unitários baseados em peso que são mais fáceis de monitorar e avaliar. Um royalty baseado em unidade é mais frequentemente aplicado a minerais que são mais ou menos homogêneos, como minerais industriais (areia, cascalho, paralelepípedos, calcário, rocha ornamental) ou vendidos a granel (carvão, minério de ferro, sal, fosfato, potássio, enxofre). As formas mais prevalentes de royalties baseados em unidades são baseadas na medição (peso ou volume) na boca da mina, antes que ocorra um tratamento ou processamento significativo. No entanto, o conceito pode ser aplicado em qualquer etapa do processo de preparação do mineral. – (tradução livre).

A descrição feita por James Otto permite caracterizar perfeitamente a TFRM como um *royalty* baseado em unidade, sobretudo por ser “calculado com base em \$ [...]por tonelada” e por serem as taxas “baseadas na medição (peso ou volume) na boca da mina, antes que ocorra um tratamento ou processamento significativo”. Observem-se que os Estados, ao criar a pretensa

²¹⁵ *Unit-based royalties - The oldest form of royalty assessment is based on a fee levied per unit volume or weight and is termed a unit-based or specific royalty (the latter used mainly in Australia). For example, the royalty may be calculated based on \$A5.00 per cubic meter or \$A2.50 per tonne. Although volume-based unit royalties used to be applied in some nations, primarily to industrial minerals and crude oil, they have largely been replaced by weight-based unit royalties that are easier to monitor and assess. A unit-based royalty is most often applied to minerals that are more or less homogeneous, such as industrial minerals (sand, gravel, cobbles, limestone, dimensional stone) or sold in bulk (coal, iron ore, salt, phosphate, potash, sulfur). The most prevalent forms of unit-based royalty are based on making the measurement (weight or volume) at the mine mouth, before significant treatment or processing takes place. However, the concept can be applied at any stage of the mineral preparation process.* OTTO, James. *Mining Royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society*. Washington, D.C: The World Bank, 2006, p. 50. Texto original.

taxa, nada mais fizeram do que instituir uma espécie de CFEM estadual, em afronta à competência exclusiva da União quanto ao tema.

Essa conclusão é reforçada pelo histórico que levou à criação da TFRM. Como visto, sua instituição ocorreu, claramente, pela insatisfação dos Estados com a demora do Governo Federal em enviar, ao Congresso Nacional, o projeto de lei que majoraria a CFEM. Logo, as supostas taxas, em sua origem, nada mais são do que “complementos” do *royalty* federal, indevidamente criados por normas estaduais.

O STF na ADI nº 4.846²¹⁶, Rel. Ministro Edson Fachin, afirmou claramente que “A legislação prevista no parágrafo único do art. 20 da CRFB/1988 possui natureza ordinária e federal”, ou seja, não pode ser exercida pelos Estados ou por Municípios:

1. Os royalties possuem natureza jurídica de receita transferida não tributária de cunho originário emanada da exploração econômica do patrimônio público, afastada sua caracterização seja como tributo, seja como indenização. Precedente: RE 228.800, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16.11.2011. 2. Os royalties são receitas originárias da União, tendo em vista a propriedade federal dos recursos minerais, e obrigatoriamente transferidas aos Estados e Municípios. 3. A legislação prevista no parágrafo único do art. 20 da Constituição da República possui natureza ordinária e federal. Precedente: ADI 4.606, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 28.02.2019. (ADI 4846, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019) – (grifei).

Sendo assim, ainda que os Estados pudessem criar uma taxa de polícia em virtude da fiscalização das atividades minerais em seus territórios, por força do art. 23, XI, da CRFB/1988, jamais poderiam fazê-lo adotando uma estrutura de incidência que denote um *royalty* mineral, isto é, participação no resultado da exploração mineral ou compensação financeira por essa exploração, por afronta ao art. 20, § 1º c/c 22, XII, da CRFB/1988. Por isso, todas as TFRM, tendo sido criadas em clássico modelo de *royalties* baseados em unidades, são inconstitucionais.

Nas ADI nº 4.785, 4.786 e 4.787, a CNI deduziu outro fundamento para a incompetência dos Estados, a partir de parecer lavrado por Marco Aurélio Greco, que também parece consistente. Esse fundamento consiste em que o art. 23, XI, da CRFB/1988, apesar de

²¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4846, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019.

outorgar aos entes federativos competência administrativa comum para a fiscalização das concessões minerais, não configura poder de polícia apto à criação de taxas.

As taxas podem ser instituídas por qualquer ente federado, conforme o art. 145, II, da CRFB/1988, desde que presentes os seus pressupostos, os quais, no que concerne àquelas decorrentes do regular exercício do poder de polícia são: (a) exercício efetivo de uma liberdade ou propriedade individual que, em alguma medida, afete um bem ou interesse público, gerando desequilíbrio; (b) lei, que indique os limites do exercício dessa liberdade ou propriedade considerados adequados para assegurar a proteção ao referido bem ou interesse público; (c) ato administrativo de verificação da adequação da atividade individual ao parâmetro legal estabelecido.

Portanto, o poder de polícia, como pressuposto de validade e hipótese de incidência da taxa, visa a garantir o interesse de toda a coletividade, mediante a verificação da adequação de uma atividade do particular, geradora de desequilíbrio, aos ditames normativos que regulamentam essa atividade.

Normalmente, a lei que regula a conduta do particular é emanada pelo mesmo ente federado que fiscalizará a adequação dessa conduta àquela lei. É o caso, por exemplo, das operações de crédito, câmbio e seguros: compete à União legislar privativamente sobre o tema (art. 22, VII) e fiscalizar, de forma exclusiva, as respectivas operações (art. 21, VIII).

Porém, afirma Marco Aurélio Greco no parecer anexo às ADI que nem sempre o ente federado a quem compete legislar privativamente sobre determinada atividade é aquele que vai fiscalizá-la, ao menos em caráter exclusivo. Os arts. 176 e 20, IX, da CRFB/1988 outorgaram à União a propriedade dos recursos minerais e, por essa razão, determinou-se ser ela o único ente federado competente para legislar sobre a matéria, vide art. 22, XII. Ocorre que o art. 23, XI, da CRFB/1988 outorgou a todos os entes federados competência administrativa comum para “registrar, acompanhar e fiscalizar” as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

A questão, portanto, é saber se Estados (e Municípios) poderiam instituir taxa de polícia em decorrência do exercício da competência administrativa comum supramencionada, mesmo que não tenham competência para legislar sobre jazidas e minas.

Registro não se confunde com a outorga do título minerário, que compete exclusivamente à União. Assim, registrar as concessões de direitos minerários não configura poder de polícia, porque não implica nenhuma interferência na conduta do particular. É o que será feito pelo Estado de Minas Gerais por meio do Cadastro Estadual denominado CERM, também criado pela Lei nº 19.976/2011.

Acompanhar o direito minerário é uma consequência lógica do seu registro e consiste em obter informações a respeito da jazida, suas configurações e desenvolvimento da atividade, até o seu esgotamento. Essas informações são importantes para que o ente federado possa desenvolver políticas públicas relacionadas ao setor mineral e, por tais razões, também não configura poder de polícia.

E o fiscalizar? Conforme o parecer de Marco Aurélio Greco anexado às ADI, nem sempre o exercício de atividade fiscalizatória configura regular exercício de poder de polícia, a legitimar a instituição de taxa. Como bem asseverado pelo referido professor, há mais de 25 dispositivos constitucionais que utilizam o termo fiscalizar²¹⁷, sendo que isso não significa que em todos esses casos há autorização para instituição de taxa de polícia.

Expõe o professor Greco, em seguida, que em pelo menos três situações em que há atividade fiscalizatória pelo Poder Público pode-se afirmar categoricamente que não há autorização para instituição de taxa de polícia: (i) o objeto da fiscalização deve ser externo à entidade pública fiscalizadora – ou seja, a atividade do Tribunal de Contas da União de fiscalizar a aplicação de recursos repassados a Estados e Municípios não autoriza taxa (imunidade recíproca); (ii) fiscalização de caráter geral não autoriza taxa, mas, sim, impostos, a exemplo da atividade de segurança pública (ADI-MC 1.942); e (iii) a fiscalização deve se dar em relação jurídica horizontal, e não em relação jurídica vertical – tal como Estado e contribuinte – cujo objeto fiscalizado corresponda a um dever do fiscalizado para com o ente fiscalizador, como exemplo, as fiscalizações feitas pelo Fisco para arrecadar tributos.

²¹⁷ Arts. 5º, XXVIII, "b"; 21, VI; 21, VIII; 23, XI; 29, XI; 30, IX; 31; 49, X; 70; 71, V; 71, VI; 75; 114, VII; 140; 146, único, IV- 153, § 4º, III; 166, § 1º, II; 173, § 1º; 174; 175, único, I; 197; 198, § 3º, III; 200, I, VI, VII; 225, § 1º, II; 236, § 1º; 237 e 243.

Portanto, é necessário aprofundar o estudo sobre o alcance do verbo *fiscalizar* presente no art. 23, XI, da CRFB/1988, dada a premissa de que não se pode concluir automaticamente que, existindo fiscalização, haveria regular exercício de poder de polícia.

Há aqui dois caminhos distintos que a doutrina aponta: (a) essa fiscalização, por parte de Estados e Municípios, se justificaria em virtude do seu interesse no produto da arrecadação da CFEM – art. 20, §1º; ou, (b) por força do federalismo cooperativo, haveria a possibilidade de fiscalização, por parte de Estados e Municípios, de toda a legislação federal sobre direito minerário.

É natural pensar que o simples fato de Estados e Municípios serem credores de parte do produto da arrecadação da CFEM justifica ter a CRFB/1988 lhes outorgado a competência administrativa para fiscalizar os títulos minerários. Essa é a visão, por exemplo²¹⁸, de José Afonso da Silva²¹⁹:

2.11 Registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. O texto, como se nota, correlaciona-se com o disposto no §1º do art. 20, já comentado, relativo ao direito de participação no resultado da exploração dos recursos minerais referidos.

Igualmente, para André Saddy²²⁰, a CRFB/1988 concedeu a competência comum prevista no art. 23, XI “aos entes federativos para fazer com que a compensação financeira estipulada no art. 20, §1º, seja efetivada”. É inerente à sua condição de credor os poderes fiscalizatórios, a fim de garantir que a arrecadação seja efetiva, pois “quem tem os fins, deve ter os meios”, conforme ensina Onofre Batista²²¹.

Trata-se, conforme o parecer citado de Marco Aurélio Greco, do poder de fiscalização do Estado que decorre do seu poder de cobrar. Nesse caso, a fiscalização ocorre em

²¹⁸ Nesse mesmo sentido é o entendimento da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, em suas manifestações nos autos da ADI 4.606: “Ademais, em decorrência do direito de participação no resultado da exploração ou à respectiva compensação financeira, a Carta Republicana atribui aos entes estaduais, distrital e municipais a faculdade de fiscalizar as respectivas concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais e hídricos”.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 279.

²²⁰ SADDY, André. Taxa de Polícia para Registrar, Acompanhar e Fiscalizar Atividades Minerárias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, mar. 2012, p. 259.

²²¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 232.

uma relação jurídica vertical, ao passo que regular exercício de poder de polícia pressupõe que a relação jurídica seja horizontal, ou seja, entre o fiscalizado e os demais integrantes da coletividade. A atividade de polícia só se justifica, mediante a regulação da conduta particular, para a proteção do interesse público, por isso é que a fiscalização que decorre do poder de cobrar do Estado não é poder de polícia.

Em outras palavras, se a atividade fiscalizatória do Estado se justifica apenas por ser destinatário de parte do produto da arrecadação da CFEM, tendo, por isso, interesse no *quantum* que lhe é repassado, não poderia ser instituída taxa visando a ressarcir-lo pelo sobre-esforço empreendido nesse sentido. Seria o mesmo que se legitimar a instituição de taxa pela União para fins de ressarcir a Receita Federal pelo sobre-esforço incorrido na fiscalização dos contribuintes. O simples fato de ser credor da exação (ainda que em sede de receita transferida), já justifica a imposição de obrigações acessórias que assegurem o recebimento do principal.

A fiscalização de outras questões atinentes à atividade minerária (como, por exemplo, o atendimento ao Plano de Aproveitamento Econômico) não é de interesse de Estados e Municípios, mas apenas da União, proprietária dos recursos minerais, que efetivamente exerce a fiscalização das mineradoras por meio do Agência Nacional de Mineração.

Segundo essa interpretação, os Estados não estão autorizados a instituir taxa de polícia com fundamento do art. 23, XI, da CRFB/1988, o que torna a TFRM inconstitucional.

Por outro lado, há parte da doutrina que entende que o art. 23, XI permite a Estados e Município exercerem fiscalização do cumprimento de todo o arcabouço legislativo federal pertinente à mineração²²².

Mas isso não significaria que o art. 23, XI autorize esses entes a instituírem taxa de polícia, eis que não cabe competência fiscalizatória originária se não houver competência legislativa da própria entidade estatal que defina os parâmetros a serem observados pelo destinatário e que serão submetidos à atividade de fiscalização pelo Poder Público.

A tese aqui consiste em que o próprio art. 78, do CTN, ao expor o conceito de poder de polícia, afirma que nele está inserida necessariamente a regulação de determinada prática de

²²² É o caso, mais uma vez, de Marco Aurélio Greco: “Também não se diga que o ‘fiscalizar’ do art. 23, XI, da CF/88 estaria atrelado ao interesse econômico que os Estado têm de receber a participação no resultado da exploração dos recursos naturais (art. 20, 1º)”, em parecer anexo às ADI 4.785, 4.786 e 4.787.

ato ou abstenção de fato em prol do interesse público. O que regula a conduta do particular, potencialmente ou efetivamente lesiva à coletividade, é a lei. Por isso, o conceito de poder de polícia pressuporia competência legislativa.

Relevante notar, a partir de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que “o poder de polícia atua de quatro modos: pela ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia”²²³. Isso significa que determinada Pessoa Política somente poderá exercer o regular poder de polícia se fiscalizar legislação de sua própria edição, ou seja, a qual tenha sido competente para editar e, por consequência, fiscalizar o seu cumprimento e sancionar o seu descumprimento. Inexistindo algum dos quatro atos de polícia, não haveria propriamente poder de polícia. Marcos Juruena Villela Souto²²⁴ também afirma que o poder de polícia é exercido

pela ordem ou comando de polícia, no qual está sintetizada a limitação à liberdade individual; no consentimento de polícia, pelo qual a Administração, provocada pelo interessado, aprecia se sua pretensão se encontra dentro dos limites do comando (ex.: licença e autorização); na fiscalização de polícia, pela qual a Administração toma a iniciativa de verificação da observância, pelos administrados, dos comandos impostos em benefício da coletividade (materializada nos autos de infração) e, por fim, na sanção de polícia, com aplicação das penalidades previstas em lei e observada a proporcionalidade em relação à falta, pela inobservância dos limites impostos.

Assim, a União, como o único ente federado que possui competência para legislar sobre jazidas e minas (art. 22, inciso XII), é a única Pessoa Política que possui poder de polícia sobre a atividade minerária, entendido como ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia.

Isso não impede que Estados e Municípios fiscalizem o cumprimento da legislação federal, em atendimento ao federalismo cooperativo, mas inexistiria aqui, sob essa ótica, poder de polícia, a legitimar a instituição de taxa. Por essa atividade, poder-se-ia admitir, à luz do art. 7º, do CTN, que a União delegasse aos Estados e Municípios a arrecadação e cobrança de taxa de polícia, desde que por ela instituída. Porém, não é este o caso.

²²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 295.

²²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 396.

Trata-se de robustos fundamentos, além do principal, relativo à usurpação da competência federal para criar a CFEM, que justificam a inconstitucionalidade de todas as TFRM.

b) Inadequação da base de cálculo

A razão de inconstitucionalidade mais relevante em todas as TFRM consiste na sua base de cálculo inadequada a uma taxa de polícia, que mensura exclusivamente um fato praticado pelo contribuinte (produção mineral), sem qualquer relação com o pretense custo do poder de polícia. A consequência disso é a desproporcionalidade entre o valor arrecadado e o custo da atuação estatal.

Para verificar esse aspecto, é oportuno sintetizar a norma de incidência da TFRM:

- Hipótese de incidência

- *Aspecto material*: declara-se ser o “exercício regular do *poder de polícia* conferido ao Estado” sobre as atividades minerárias, nos termos do art. 23, XI, da CRFB/1988. Em Minas Gerais, a Lei nº 19.976/2011 arrolou a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), Fundação Estadual do Meio Ambiente (Feam), Instituto Estadual de Florestas (IEF) e Instituto Mineiro de Gestão das Águas (Igam), que compõem o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (Sisema), como órgãos que exerceriam o suposto poder de polícia. Este, por sua vez, seria decomposto em uma série de ações, algumas que não denotam poder de polícia algum, como “identificação dos recursos naturais do Estado”.

- *Aspecto temporal*: escolheu-se três momentos, quais sejam, (i) a utilização do mineral ou minério como matéria-prima em processo de transformação industrial, (ii) a transferência do mineral ou minério extraído entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular e (iii) a venda do mineral ou minério extraído, denotando as mesmas temporalidades eleitas para o fato gerador da CFEM.

- *Aspecto espacial*: o território do Estado.

- Consequência normativa

- *Aspecto pessoal*: o contribuinte é a pessoa, física ou jurídica, que esteja, a qualquer título, autorizada a realizar pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento dos recursos minerários listados no art. 1º da Lei nº 19.976/2011.

- *Aspecto quantitativo*: em Minas Gerais, conforme arts. 8º e 8º-A da Lei nº 19.976/2011, 1 (uma) Ufemg vigente na data do vencimento da taxa por tonelada de mineral ou minério extraído, reduzida em 60% Decreto nº 46.072/2012 (sendo que a lei regulamentada autoriza redução de até 70%). Isso equivale, em 2022, a aproximadamente R\$ 1,91 (um real e noventa e um centavos) por tonelada de minério.

A materialidade que enseja o recolhimento da TFRM deveria ser o suposto poder de polícia estatal. Por consequência, a base de cálculo – que confirma ou infirma a hipótese de incidência e a dimensiona – deveria guardar correlação com a intensidade fiscalizatória. É dizer, a taxa deve ser mensurada de forma proporcional ao gasto público que motiva a sua incidência, sob pena de implicar aumento de arrecadação líquida para o tesouro, o que é incompatível com sua estrutura contraprestacional.

A noção econômica de taxa foi justificada por Adam Smith, em sua obra *A riqueza das nações*²²⁵. Trata-se de uma lógica de justiça fiscal, consistente em que, quando o Estado realiza atividades para pessoas determinadas ou fiscaliza atividades privadas individualizáveis na sociedade, não seria justo que essas despesas públicas fossem repartidas entre todos os contribuintes, inclusive aqueles não lhe deram causa. Esses gastos deveriam recair somente sobre as pessoas em relação às quais a ação estatal se voltou especificamente. Daí a noção de taxa como conhecemos hoje.

²²⁵ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 90-100.

Essa ideia de justiça fiscal, presente na relação entre gasto público e arrecadação tributária, quando transposta ao plano técnico-jurídico, implica duas consequências²²⁶, uma no plano da hipótese de incidência e outra no da base de cálculo.

Para que se possa cobrar uma taxa, é necessário que o Estado exerça regular poder de polícia ou coloque à disposição um serviço público específico e divisível, dirigidos especificamente ao contribuinte da taxa correlata. No plano da base de cálculo, deve haver uma proporção razoável entre a arrecadação da taxa e o custo da ação estatal. Isto é, a receita pública deve se contrapor – e equivaler razoavelmente – à despesa pública que motivou sua incidência, sob pena de se desnaturar sua identidade jurídica, em afronta ao art. 145, II, § 2º, da CRFB/1988 e ao art. 78 do CTN.

Interessa-nos aqui segunda consequência. Se ela não for respeitada, o valor arrecadado provavelmente será superior ao custo das atividades estatais que justificaram a sua instituição e cobrança. Essa estrutura de incidência, se verificada, resultaria em violação às garantias e normas constitucionais ao funcionar como um instrumento de aumento de arrecadação líquida, desnaturando a sua identidade jurídica de taxa.

Alfredo Augusto Becker²²⁷ há muito explicou a importância da base de cálculo como “o que permite confirmar estar-se ou não em presença desta ou daquela espécie tributária.” E prossegue afirmando que “se a essência da materialidade da hipótese de incidência consiste só numa ação estatal (taxa) esta não pode ser medida por atributos a ela (ação estatal) alheios”.

Supondo que o fato descrito em uma determinada hipótese de incidência de taxa consista em uma prestação de serviço público específico e divisível ou poder de polícia, caso o legislador dimensionasse a sua base de cálculo consoante diversa materialidade, como, por exemplo, “ter renda”, estar-se-ia diante de verdadeiro imposto de renda, e não de taxa. Por outro lado, se a base de cálculo eleita expressasse razoavelmente – ainda que não exatamente – o custo estatal decorrente do sobre-esforço realizado para que fosse possível a prestação do serviço ou o

²²⁶ GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013, p. 108.

²²⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 197-198.

poder de polícia, o critério material da hipótese seria confirmado, o que revelaria a efetiva natureza jurídica de taxa da exação. É ver a posição de Roque Carrazza²²⁸:

Conquanto não seja necessária uma perfeita coincidência entre o custo da atividade estatal e o montante exigido a título de taxa, deve haver, no mínimo, uma correlação entre ambas. Queremos com tais palavras destacar que, ao contrário do que acontece com impostos, as pessoas políticas não podem criar taxas com o fito exclusivo de carrear dinheiro para os cofres públicos. Além disso, na medida em que o pagamento das taxas está vinculado à prestação de um dado serviço público ou à prática de um determinado ato de polícia, elas devem estar voltadas a seu custeio, e não a outros serviços ou atos de polícia, que não alcançam o contribuinte (ou que a ele não estão disponibilizados, no caso dos serviços públicos). Ainda dentro dessa linha de raciocínio, não é dado ao Poder Público manipular abusivamente os serviços públicos ou as diligências que levam ao exercício do poder de polícia, só para incrementar receitas. [...]

O valor da taxa, seja de serviço, seja de polícia, deve corresponder ao custo, ainda que aproximado, da atuação estatal específica. É claro que, neste campo, não precisa haver uma precisão matemática; deve, no entanto, existir uma razoabilidade entre a quantia cobrada e o gasto que o Poder Público teve para prestar aquele serviço público ou praticar aquele ato de polícia. Esta razoabilidade é aferível, em última análise, pelo Poder Judiciário, mediante provocação do contribuinte interessado.

Se não houver equivalência entre o custo da atuação estatal específica e o quantum da taxa, o tributo será inconstitucional, por desvirtuamento de sua base de cálculo. Com isto, aliás, ele assumirá feições confiscatórias, afrontado, pois, o art. 150, IV, da CF.

No caso da TFRM, a base de cálculo eleita (volume de minério) confirma se tratar de (i) uma espécie de CFEM estadual ou (ii) de um imposto, por mensurar apenas a conduta do contribuinte, e não do poder de polícia de estatal. O primeiro ponto, a respeito da natureza de *royalty* da taxa em comento, já foi apresentado. Veja-se o segundo, pelo qual também resulta sua inconstitucionalidade.

Parece didático dividir a jurisprudência do STF em três fases²²⁹ relativas aos requisitos de validade das taxas:

- 1) *Primeira fase*: até 1999, o STF rechaçava, por inconstitucionais, quaisquer taxas que fizessem referência, na determinação de seu valor, a algum elemento levado em conta na definição da base de cálculo de impostos. Essa orientação surgiu e se

²²⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 562.

²²⁹ GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013, p. 119. As duas primeiras fases foram descritas no referido trabalho.

consolidou na década de 1970, quando foi adotada a Súmula nº 595²³⁰, aplicada por ambas as Turmas do Tribunal.

- 2) *Segunda fase*: a partir de 1999, o Pleno do STF passou a entender que a taxa que leva em conta determinado critério previsto na legislação de algum imposto (como a metragem de um imóvel) não configura necessariamente uma vulneração ao art. 145, § 2º, da CRFB/1988. Esse entendimento se consolidou na Súmula Vinculante nº 29²³¹.
- 3) *Terceira fase*: a partir de dezembro de 2019, com o julgamento em Plenário da ADI nº 6.211 (taxa de fiscalização de recursos hídricos, de mesma estrutura e claramente inspirada na TFRM), a verificação empírica da proporcionalidade orçamentária passa a ser critério especial, criado por interpretação, para rechaçar taxas cujas bases de cálculo foram consideradas como próprias para essa espécie tributária, mas cujo valor arrecadado é desproporcional ao gasto público correspondente. A juridicidade da base deixa de ser aferida *apenas* pelo objeto a ser mensurado e o parâmetro de mensuração adotado na base de cálculo, passando-se a se valer de dados orçamentários e financeiros, autonomamente, para verificar a validade do tributo. Com isso, criou-se a situação de que uma taxa pode se tornar inconstitucional ao longo do tempo, ainda que sua base de cálculo pareça ter sido razoavelmente estruturada no texto normativo (plano estático), tão somente pela discrepância entre o valor arrecadado e a despesa pública correspondente (plano dinâmico).

As três fases têm em comum a compreensão de que a norma instituidora da espécie tributária taxa deve estabelecer uma relação de proporcionalidade entre as ações estatais abstratamente descritas no aspecto material e o financiamento do custo dessas ações. A redação do art. 145, II, da CRFB/1988, deixa claro que a taxa é dotada de caráter contraprestacional e

²³⁰ “É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural.”

²³¹ “É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.”

sinalagmático: atrelando-se à execução efetiva ou potencial de um serviço público específico e divisível, ou ao exercício regular do poder de polícia, o valor da taxa deve refletir, nos limites do razoável, o custeio da atividade estatal que justificou a sua instituição.

Nesse sentido é que as próprias normas que disciplinam a instituição das taxas revelam o seu caráter contraprestacional, na medida em que a exigência do tributo se destina a custear o gasto público provocado pelo contribuinte. Tem-se, com isso, “a nítida ideia do sinalagma: a taxa é a contraprestação que o contribuinte paga ao Estado em razão de (por causa de) sua atuação em função daquele”²³².

Na *primeira fase* da jurisprudência do STF (até 1999), o critério da proporcionalidade era aferido quando a taxa não utilizava qualquer elemento próprio de imposto em sua base de cálculo, conforme a Súmula nº 595.

O julgado que marca a introdução da *segunda fase* da jurisprudência do STF é o RE nº 220.316/MG²³³, Relator Ministro Ilmar Galvão, por ter sido nele em que os Ministros reconheceram o abandono da jurisprudência anterior. No caso, examinou-se a taxa de fiscalização de localização de Belo Horizonte, que previa a área ocupada como um dos elementos da sua base de cálculo. O Ministro Relator Ilmar Galvão lembrou a linha adotada pelo Tribunal até então, mas propôs expressamente a mudança desse posicionamento, o que foi acolhido pelos demais, à exceção do Ministro Marco Aurélio:

no caso do IPTU, o fator que interfere na fixação da respectiva base de cálculo é a área do imóvel, ao passo que, relativamente à taxa, o dado decisivo para o mesmo fim é a área ocupada pelo estabelecimento, *dados que não se confundem*.

Acontece, entretanto, *não ser essa a orientação que deflui da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde se acha consolidado ser contrária à norma do art. 145, § 2o, da CF, a taxa municipal que toma para base de cálculo a área do imóvel*, fator que é tido por um dos indicadores do valor venal deste, base de cálculo ao IPTU.

É o que se colhe das ementas dos seguintes acórdãos: [...]

Não obstante os precedentes transcritos, *ousa este Relator manter o seu entendimento, acima exposto, acerca da matéria*. (RE 220316, Relator Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999)

²³² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 168-169.

²³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 220316/MG, Relator Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999.

Os casos mais emblemáticos da *segunda fase* são o RE nº 177.835²³⁴, Relator Ministro Carlos Velloso (Taxa CVM), e a ADI nº 3.826²³⁵, Relator Ministros Eros Grau (Taxa Judiciária). Em ambos os casos, prevaleceu o entendimento de que as taxas seriam válidas, na medida em que, apesar de levarem em conta na sua mensuração dados relativos a atos do contribuinte (patrimônio líquido e valor atribuído à causa), ao serem estipuladas por meio de faixas de incidência e/ou com um teto, ficaria claro que tais dados são meras referências para o cálculo, e não a base de cálculo em si.

No caso da Taxa CVM, o STF considerou que seu valor varia por faixas em função do patrimônio líquido da empresa, o qual não é adotado como base de cálculo propriamente dita, mas apenas como parâmetro para que possa ser razoavelmente dimensionada a intensidade da atuação estatal²³⁶. Da mesma forma, no caso da Taxa Judiciária, o Ministro Eros Grau afirmou: “Esta Corte tem admitido o cálculo das custas com base no valor do proveito pretendido pelo contribuinte desde que seja fixado um teto para o quantum devido a título de custas ou taxas judiciais.” Esse entendimento foi então objeto da Súmula Vinculante nº 29.

Ambos os casos evidenciam que a principal característica desta *segunda fase* da jurisprudência do STF é que, sendo admitida a utilização de elementos típicos de impostos na base das taxas, para que não haja vulneração ao art. 145, § 2º, da CRFB/1988, é necessário que esses elementos de impostos não sejam a própria base de cálculo, e sim mero parâmetro de cálculo. Para tanto, os julgados analisados demonstram a necessidade de que a taxa não seja calculada por meio de uma função linear que tome por base de referência um dado da vida do contribuinte. Isto é, a introdução de faixas de incidência e/ou de um teto cumpre o objetivo de parametrizar a taxa por meio desse elemento da vida do contribuinte, mas evitando que seu valor seja diretamente proporcional ao valor desta grandeza adotada.

Tomando a Taxa CVM como exemplo, para o STF não seria admitido que o tributo fosse 1.000x mais oneroso para um contribuinte com patrimônio líquido de 100.000 do que para

²³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 177835, Relator Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1999.

²³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3826, Relator Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010.

²³⁶ “A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo.”

outro, cujo patrimônio fosse de 100, já que a intensidade e o custo da fiscalização, evidentemente, não são 1.000x superiores no primeiro caso.

Todas essas conclusões da *segunda fase* da jurisprudência do STF permanecem válidas e são relevantes para os casos atuais. Ocorre que a Suprema Corte, a partir da ADI nº 6.211²³⁷, julgada em dezembro de 2019, introduziu um novo requisito especial de validade para as taxas, ao lado dos demais existentes, a justificar a apreciação de que esse julgamento inaugurou a *terceira fase* da jurisprudência.

O caso versava sobre a Taxa de Fiscalização de Recursos Hídricos do Amapá (TFRH), instituída pela Lei nº 2.388/2018, claramente inspirada na TFRM, com a mesma estrutura de incidência, calculada mediante multiplicação de unidade fiscal do Estado sobre o volume de água utilizado. Infelizmente, o argumento a respeito da ausência de faixas de incidência e/ou teto para a taxa, não foi deduzido na ADI e tampouco enfrentado pelos Ministros.

Chama atenção que quatro Ministros entenderam que adotar o volume de água como base de cálculo seria, por si só, inconstitucional, na medida em que o dado da vida do contribuinte, nesse caso, seria a própria base de incidência, e não mero parâmetro para o cálculo da taxa. É o que se vê nos votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski:

Ministro Edson Fachin

O problema está - e aí, sim, creio que impõe-se a procedência parcial - é que, ao escolher, na dimensão material da respectiva hipótese de incidência desse tributo, uma dimensão de grandeza que afere o volume hídrico empregado, deixa de existir correspondência entre o exercício do poder de polícia e os recursos ou receita que serão auferidos.

Ministra Rosa Weber

No caso sob exame, a taxa estadual, que é cobrada com base na quantidade de água utilizada pelo contribuinte (cinco décimos, ou seja, metade, da Unidade Fiscal Estadual a cada 1.000 metros cúbicos de água utilizada) parece-me contrariar a previsão do art. 145,

²³⁷ “TAXA – PODER DE POLÍCIA – EXERCÍCIO – CUSTOS – ARRECAÇÃO – INCONGRUÊNCIA. Considerado o princípio da proporcionalidade, conflita com a Constituição Federal instituição de taxa ausente equivalência entre o valor exigido do contribuinte e os custos alusivos ao exercício do poder de polícia – artigo 145, inciso II, da Lei Maior –, sob pena de ter-se espécie tributária de caráter arrecadatório cujo alcance extrapola a obtenção do fim que lhe fundamenta a existência, dificultando ou mesmo inviabilizando o desenvolvimento da atividade econômica.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6211, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 05.05.2020.

§ 2º, da Carta Política, pois essa base de cálculo eleita seria típica de imposto, sendo que totalmente desvinculada do custo da atividade estatal que estaria envolvida no poder de polícia.

Ministro Luiz Fux

Senhor Presidente, assento que não há uma revelação de equivalência entre os custos da atividade estatal e a capacidade contributiva do contribuinte. Esse parâmetro utilizado acabou gerando, efetivamente, efeito confiscatório.

Como já expuseram aqui, há a competência tributária, mas há essa desproporcionalidade, porque não se levou em conta a atividade estatal, mas sim a capacidade contributiva do contribuinte.

Ministro Ricardo Lewandowski

Em outras palavras, a base de cálculo do tributo estabelecida em função do volume de recurso hídrico utilizado não está vinculada aos custos da atuação estatal fiscalizatória, a revelar, portanto, que a taxa ostenta natureza jurídica de verdadeiro imposto.

Apesar de não ter sido avaliada a questão da ausência de faixas de incidência e/ou teto para o valor da taxa – o que pode ter sido motivado também porque esse ponto não foi arguido na ADI –, fato é que os quatro Ministros respeitaram as conclusões basilares da *segunda fase* da jurisprudência do STF.

Mas o Ministro Relator Marco Aurélio e o Ministro Roberto Barroso sequer abordaram a temática da natureza da base da TFRH. Enfrentaram diretamente os dados orçamentários para concluir pela inconstitucionalidade do tributo. O único Ministro que deixou expresso em seu voto que a natureza da base (volume de recursos hídricos, sem faixas de incidência e sem teto) seria, em si mesma, legítima, foi o Ministro Dias Toffoli:

Embora a lei possa se valer do volume de recursos hídricos utilizado para estabelecer o valor da TFRH - porque, em tese, quanto maior esse volume, maior é o exercício do poder de fiscalização pela Administração Pública -, tem ela de respeitar a proporcionalidade e a razoabilidade. Nesse sentido, o montante efetivamente cobrado a título da taxa não pode se desgarrar do custo da atividade estatal que se busca custear. Essa orientação, contudo, não foi observada na edição da lei em questionamento.

Embora sob diferentes premissas quanto à natureza da base, os Ministros convergiram seus votos no sentido de que a desproporção orçamentária, flagrante no caso da TFRH, seria razão suficiente para a pronúncia da sua inconstitucionalidade:

Ministro Marco Aurélio

Conforme se extrai da documentação apresentada pela requerente, a estimativa de arrecadação anual da Administração estadual com a cobrança do tributo [...] alcançaria o importe de 88,9 milhões de reais. Tem-se montante quase dez vezes superior ao orçamento anualmente destinado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente [...].

Não apenas os dados evidenciam a ausência de proporcionalidade entre o custo da atividade estatal de que decorre a Taxa e o valor a ser despendido pelos particulares em benefício do ente público: a própria redação da Lei questionada conduz a conclusão no sentido do caráter eminentemente arrecadatório do tributo instituído.

Ministro Roberto Barroso

Aqui, o que se verifica é que a pretensão de arrecadação com esta taxa, tal como no caso do Pará, supera o orçamento de diversas Secretarias de Estado. A desproporcionalidade parece evidente. Não é que supera o orçamento da Secretaria encarregada da fiscalização, supera o orçamento de diversas Secretarias somadas. Acho que isso descaracteriza o caráter de taxa como tributo vinculado proporcional à atividade desempenhada.

Por essa razão, Presidente, estou acompanhando o eminente Relator.

Ministra Rosa Weber

Ademais, os dados financeiros estimados pela autora e não impugnados pelo Governador ou pela Assembleia Legislativa do Estado parecem indicar não existir correlação entre o valor da taxa e o custo do poder de polícia a justificar a sua imposição.

Ministro Ricardo Lewandowski

Assinalo, a propósito, que, conforme dados apresentados pelo requerente (doc. 8 fls. 142/145), a estimativa de arrecadação a título da TFRH compreende média superior (quase 10 vezes) ao orçamento médio previsto para a Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA) nos anos de 2018 e 2019.

O contexto fático revela, portanto, desproporção e ausência de correlação (referibilidade) entre os fatos geradores do tributo, os valores a serem arrecadados e o custeio dos serviços de fiscalização [...].

Ministro Dias Toffoli

O Ministro Roberto Barroso, ao deferir, ad referendum do Plenário, a medida cautelar postulada na ADI nº 5.374, na qual se questiona a constitucionalidade da TFRH do Estado do Pará, cujo dimensionamento originário era análogo ao da TFRH ora impugnada, entendeu, em cognição sumária, que o valor cobrado a título daquela taxa era excessivamente oneroso, não correspondendo ao custo da atividade estatal. Para chegar a essa conclusão, Sua Excelência levou em conta “o valor de grandeza utilizado como elemento quantitativo da TFRH e sua aplicação no mundo dos fatos”.

A respeito do assunto, transcrevo trecho da decisão de Sua Excelência:

[...]

14. Segundo dados apresentados pelo requerente e pelos *amici curiae* Centrais Elétricas do Norte do Brasil – ELETRONORTE e Norte Energia S/A, a taxa criada pode gerar uma receita para o Estado do Pará muito superior à totalidade orçamentária de todas as despesas autorizadas das seis secretarias de Estado envolvidas com o poder de polícia em questão. A ELETRONORTE, por exemplo, afirma que só a contingência de TFRH no balanço patrimonial alcançaria a cifra de R\$ 1,3 bilhões referente ao período de abril de 2015 a abril de 2018. Tal circunstância é corroborada com dados apresentados pela requerente no sentido de que a receita estimada da taxa de polícia, considerada apenas o

setor energético e o aproveitamento de 55% da capacidade instalada, seria de quase 1 bilhão de reais.

[...]

Ante o exposto, acompanhando o Relator, o Ministro Marco Aurélio, julgo procedente o pedido formulado na ação direta [...].

Vale dizer que até mesmo o Ministro Dias Toffoli, cujo entendimento foi que não haveria inconstitucionalidade em estipular a base da taxa como o volume de recurso hídrico utilizado pelo contribuinte, concluiu pela invalidade do tributo tão somente com base no critério da desproporção orçamentária.

Também é bastante relevante notar que o voto de relatoria, do Ministro Marco Aurélio, em nenhum momento enfrenta a questão de a base, que mede um dado estritamente do contribuinte, ser ou não própria de impostos. O Ministro fundamenta sua conclusão pela procedência da ADI essencialmente na desproporção orçamentária.

Por isso, o julgamento da ADI 6.211 representou a primeira vez em que o STF deduziu, em suas razões de decidir, um requisito especial de validade das taxas, ao qual se pode denominar de proporcionalidade orçamentária, apto a fulminar por invalidade até mesmo taxas que possuam bases de cálculo teoricamente adequadas a essa espécie tributária, ou seja, que não sejam próprias de impostos (art. 145, II, § 2º da CRFB/1988), como visto claramente no voto do Min. Dias Toffoli. Isso representa uma nova fase (a terceira) na jurisprudência e tem força suficiente para influenciar o julgamento de uma série de taxas, cujo valor arrecadado seja desproporcional ao gasto público que motiva sua incidência, a exemplo da TFRM.

A doutrina²³⁸ e a jurisprudência²³⁹, até 2019, buscavam avaliar a validade das taxas sob o enfoque da adequação da natureza da base de cálculo eleita para o tributo, investigando

²³⁸ “Note-se que o dispositivo proíbe que as taxas tenham base de cálculo ‘própria’ de impostos. O parágrafo 2º do artigo 18 da Constituição de 1967/9 impedia, diversamente, o uso de base de cálculo que tivesse ‘servido para a incidência dos impostos’. A diferença é brutal: enquanto a Constituição anterior vedava o uso de base de cálculo idêntica à dos impostos, a Constituição atual proíbe o emprego de base de cálculo ‘própria’ de impostos. Base de cálculo ‘própria’ de impostos é aquela *apropriada à mensuração da sua atividade econômica dos contribuintes*, mesmo - e isto é crucial - que não seja idêntica àquela que tenha servido para a incidência dos impostos. Essas disposições, de um lado, vinculam os impostos às atividades econômicas dos contribuintes e, de outro, atrelam as taxas às atividades do Estado. Daí se afirmar que os impostos têm por finalidade o financiamento de despesas gerais enquanto as taxas têm por objetivo o custeio de despesas individualizáveis.” ÁVILA, Humberto. As taxas e sua mensuração. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 204, set/2012, p. 37.

potencial ofensa ao art. 145, II, § 2º, da CRFB/1988, segundo o qual “taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”. Nesse contexto, o argumento da desproporção orçamentária era apresentado²⁴⁰ como uma consequência ou evidência da natureza imprópria da base de cálculo de determinada taxa.

Em recentes decisões (2020), o plenário do STF confirmou o entendimento adotado no julgamento da ADI nº 6.211 e julgou procedentes duas importantes Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI nº 5.480 e 5.512, relativas à Taxa de Fiscalização de Petróleo e Gás (TFPG) do Estado do Rio de Janeiro.

É digno de nota que, na ADI nº 6.211, os Ministros não parametrizaram o que se deve considerar como desproporção orçamentária nas taxas. Ou seja, não houve resposta para a seguinte pergunta: em qual momento o valor arrecadado com a taxa se torna desproporcional ao gasto público? É preciso que a arrecadação supere o gasto em qual percentual? É necessário que supere todo o gasto do órgão ou dos órgãos incumbidos da fiscalização, ou apenas da parcela de despesas efetivamente incorridas com a fiscalização (excluídas, portanto, as despesas administrativas ou de gestão)?

Cf. ATALIBA, Geraldo. Taxas e preços no novo texto constitucional. *Revista de Direito Tributário* vol. 13, nº 47. São Paulo, 1989, pp. 142-154; CARVALHO, Rubens Miranda de. *Contribuição de melhoria e taxas no Direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999; ICHIARA, Yoshiaki. Taxas no sistema tributário brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 25. São Paulo, 1998, pp. 175-184; JANCZESKI, Celio Armando. *Taxas: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1999; MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²³⁹ Cf. Súmula nº 595 e Súmula Vinculante nº 29, ambas do STF.

²⁴⁰ “Anexa ao Projeto de Lei enviado pelo Executivo à Assembleia, seguiu uma planilha com a estimativa da arrecadação gerada pela taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades minerárias. A estimativa de arrecadação era de R\$ 361 milhões, mas curiosamente essa estimativa estava baseada na produção mineral em Minas Gerais no ano de 2005. Ora, sabe-se que a produção mineral de 2005 para 2012 aumentou significativamente. Levando-se em conta a produção mineral no Estado em 2010, chega-se a uma estimativa de arrecadação para a taxa em 2012 superior a R\$ 590 milhões, conforme cálculos apresentados na inicial da ADI nº 4.785, que tramita no STF e questiona a constitucionalidade da taxa ora em análise.

A comissão da Assembleia Legislativa que analisou o Projeto de Lei enviado pelo Executivo requereu à Secretaria de Fazenda que enviasse aos deputados uma planilha detalhando os custos envolvidos nas atividades do poder de polícia que constituem o fato gerador da taxa. A planilha foi enviada (Ofício SEF.GAB.SEC nº 885/2011), apresentando um gasto total de R\$ 442 milhões com as atividades da taxa. Contudo, a planilha não tem qualquer explicação ou referência interna para os números nela elencados. Os números dessa planilha causam extrema perplexidade.” GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013, p. 121.

Seria suficiente, por outro lado, para comprovar a desproporção orçamentária nas taxas, que a proporção entre arrecadação e gasto na Lei Orçamentária Anual (LOA) seja superada, acima de qualquer patamar razoável, quando verificadas as receitas e despesas efetivamente realizadas? Entendemos que este último critério é o que oferece maior segurança jurídica para aplicação da jurisprudência do STF a partir da ADI nº 6.211. É dizer, se a LOA fixar a despesa pública em 10 e estimar a receita com a taxa em 2, restará definida uma proporção de 20% entre arrecadação e gasto pelo próprio Poder Legislativo. Caso as receitas e despesas efetivamente realizadas demonstrem uma proporção superior, acima de qualquer patamar razoável, como por exemplo uma receita com a taxa equivalente a 40% ou 50% do valor do gasto público correspondente, restará provada a desproporção orçamentária, apta a rechaçar o tributo por afronta ao art. 145, II, § 2º, da CRFB/1988.

Em todo caso, seja pelo entendimento da segunda ou da terceira fase da jurisprudência do STF, a TFRM deverá ser pronunciada inconstitucional, ao se julgar as ADI nº 4.785, 4.786 e 4.787. Pela segunda fase, porque mesmo admitindo que haja uma relação entre o aumento do volume de minério extraído e o aumento do custo da fiscalização, a mensuração da taxa não pode ser uma função linear entre as duas grandezas, sem nenhum teto e/ou faixas de incidência. É razoável pensar que os gastos de fiscalização com uma mina que extrai 1.000 toneladas de minério são maiores do que os gastos de fiscalização com uma mina que extrai 100 toneladas, mas isso não autoriza o legislador a fixar a taxa num valor 10 vezes superior no primeiro caso.

Como demonstrado, é certo que o STF admite a constitucionalidade de adoção de elementos de imposto na base de cálculo das taxas, o que o levou a editar a Súmula Vinculante nº 29. Porém, também é certo que tais elementos de imposto não podem se constituir, eles mesmos, na base tributável da taxa, sob pena de falta de razoável equivalência entre a base de cálculo e o custo da atuação estatal.

Pela terceira fase, a TFRM também é inconstitucional. Conforme se verifica no parecer da lavra da Professora Misabel Derzi, anexado aos autos da ADI nº 4.785, a CNI apresentou memorial complementar com a atualização dos dados orçamentários (arrecadação versus gasto público), juntando laudo técnico da firma inglesa EY. Identificou-se, nesse laudo,

uma desproporção média anual de 431%, considerando a integralidade das despesas dos órgãos que atuam na fiscalização pretensamente remunerada pela TFRM. Caso se considere apenas 50% das despesas das referidas secretarias, uma vez que a mineração não é a única atividade fiscalizada em Minas Gerais, a desproporção sobe para 846%.

O quadro abaixo, com dados obtidos do Portal da Transparência de Minas Gerais e do Observatório da CFEM, demonstra que, de 2013 a 2021, o Estado arrecadou substancialmente mais com a TFRM do que com o *royalty* mineral:

Tabela 7 – Comparação entre a TFRM e a CFEM em Minas Gerais

TFRM versus CFEM em Minas Gerais		
Ano	TFRM	CFEM
2013	R\$ 244.377.664,98	R\$ 271.964.514,55
2014	R\$ 260.171.155,54	R\$ 190.656.297,77
2015	R\$ 304.583.271,37	R\$ 148.494.629,13
2016	R\$ 306.601.862,94	R\$ 204.346.548,58
2017	R\$ 338.622.105,83	R\$ 175.411.540,15
2018	R\$ 326.026.441,83	R\$ 282.925.376,28
2019	R\$ 315.200.893,00	R\$ 213.681.446,43
2020	R\$ 276.847.020,81	R\$ 377.400.993,62
2021	R\$ 374.189.351,64	R\$ 508.222.637,50
Total	R\$ 2.746.619.767,94	R\$ 2.373.103.984,01

Fonte: elaboração própria (2022)

Não é razoável que uma suposta taxa de polícia represente quase 116% do total transferido pela União ao Estado de Minas Gerais a título de CFEM. Esse dado corrobora a desproporção orçamentária verificada anteriormente.

c) O julgamento da ADI nº 4.785 iniciado em Plenário Virtual

Por fim, cumpre tecer breves comentários sobre o início do julgamento da ADI nº 4.785 em Plenário Virtual, ocorrido no dia 9 de outubro de 2020. Ele seria finalizado no dia 19 de outubro, com maioria (6) de votos formada pela validade da TFRM.

O Ministro Edson Fachin, relator da ação, votou pela improcedência da ADI, tendo sido acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, obtendo maioria na Corte. O Ministro Marco Aurélio abriu

a divergência, a quem se juntaram os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes. O placar de 6x3 consolidava a vitória do Estado de Minas Gerais na ação.

Ocorre que foi proferido pedido de destaque, feito pelo Ministro Fux, interrompendo o julgamento, para que seja posteriormente reiniciado, conforme Resolução STF nº 642/2019. Como visto, o julgamento presencial teve reinício em 30.06.2022 e será retomado em 01.08.2022.

Interessa ao presente trabalho avaliar os votos proferidos naquela oportunidade, em Plenário Virtual. O resultado da ADI causava surpresa, considerando as recentes decisões do STF proferidas na ADI 6.211, relativa à Taxa de Fiscalização de Recursos Hídricos no Amapá, em 2019, e nas ADI 5.480 e 5.512, em 2020, relativas à Taxa de Fiscalização de Petróleo e Gás do Rio de Janeiro. A situação era peculiar, porque o STF deslegitimou taxas inspiradas na TFRM, mas a matinha no ordenamento jurídico, ainda que suas estruturas fossem muito semelhantes e que os fundamentos utilizados nas demais ações fossem integralmente aplicáveis à taxa mineira.

Foram proferidos dois votos escritos no sentido da improcedência da ADI nº 4785/MG: o voto do Ministro Fachin, relator da ação, e o do Ministro Dias Toffoli.

O Ministro Fachin, ao inaugurar os votos pela improcedência da ADI, mudou de entendimento em relação aos votos por ele proferidos nas ADI acima referidas. É preciso que fique claro esse ponto, já que essa mudança de entendimento não foi evidenciada por ele próprio. No acórdão da ADI nº 6.211, publicado em 5 de maio de 2020, verifica-se os seguintes dizeres do Ministro: “ao escolher [...] uma dimensão de grandeza que afere o volume hídrico empregado, deixa de existir correspondência entre o exercício do poder de polícia e os recursos ou receita que serão auferidos.” A redação é cristalina. O seu entendimento era no sentido da inadequação de qualquer base de cálculo de taxa que afira volume de recurso natural aproveitado, porque essa base não dimensionaria o custo da fiscalização, levando, portanto, à invalidade da taxa (posição alinhada à segunda fase da jurisprudência do STF).

Essa linha de raciocínio seria obviamente aplicável à TFRM: como a lei escolheu a dimensão de grandeza volume de minério empregado, deixa(ria) de existir correspondência entre base e custo do poder de polícia. Mas por que ela não foi sustentada pelo Ministro na ADI nº 4.785?

O Ministro Fachin anunciou em seu voto, no capítulo sobre “a proporcionalidade da base de cálculo da taxa de polícia administrativa”, a partir da citação de trecho do parecer do PGR, que a estimativa de arrecadação com a TFRM *versus* a estimativa do custo do poder de polícia justificaria a distinção entre a ADI nº 4.785 e a ADI nº 5.512 (TFPG):

No particular, adota-se como ponto de partida o parecer do Parquet de lavra da então Vice-Procuradora-Geral da República Deborah Duprat, cujo excerto mais relevante transcreve-se a seguir:

“A quantidade extraída é utilizada como critério para que haja correspondência entre o valor devido pelo concessionário e o custo da fiscalização por parte do Poder Público. É intuitivo que, quanto maior a quantidade de minério extraída, mais dispendiosa seja a fiscalização da atividade. (...) De mais a mais, não se verificam nem a violação ao princípio do não confisco nem a irrazoabilidade entre o custo da atividade de fiscalização e o valor da taxa cobrada. O Governo de Minas Gerais, em estudo que acompanha as informações prestadas, demonstra que a cobrança da taxa questionada representa menos de 1% da receita bruta e de 2,5% do lucro das empresas do setor minerário, percentual esse que é claramente suportável pelos contribuintes. Além disso, ao apresentar a estimativa de despesa anual equivalente a R\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de reais) com a nova atividade fiscalizatória, o requerido demonstra haver equivalência entre o custo da atividade e o valor da taxa (cuja arrecadação, segundo estimativa realizada pela autora, corresponderia a uma média anual de R\$ 570.000.000,00 – quinhentos e setenta reais).” (eDOC 40, pp. 14-16)

Essa estimativa implica a distinção da ADI 5.512, citada alhures. Embora a ementa daquele acórdão sugira que a base de cálculo não teria referibilidade, na verdade, houve a declaração de inconstitucionalidade pela verificação da desproporcionalidade, revelando, no entanto, uma estimativa de arrecadação bem mais vultosa que a presente, como se lê do voto do e. relator, Min. Alexandre de Moraes: [...] – (grifei).

Isso significa que: (i) o Ministro Fachin abandonou o seu entendimento anterior, verificado no acórdão da ADI nº 6.211, quanto à inadequação teórica da base; (ii) passou a entender que importa apenas a verificação orçamentária da desproporcionalidade, sendo legítimo adotar uma dimensão de grandeza que afira o volume (hídrico ou mineral) empregado; e (iii) como a desproporcionalidade orçamentária, verificada na TFRM a partir da confrontação de estimativas de receita e despesa públicas, não seria tão vultosa como aquela verificada na ADI nº 5.512, já que lá a arrecadação era mais expressiva, a taxa mineira seria legítima.

Há uma série de problemas nessa argumentação: o abandono de uma ordem de ideias, recentemente adotada pelo Ministro, sem qualquer explicação; a ausência de parametrização sobre o que se deve considerar como desproporção orçamentária; a mera

afirmação de que a decisão na ADI nº 5.512 seria inaplicável tão somente porque a arrecadação da taxa sobre petróleo seria maior do que da taxa sobre minério.

Na sequência, o Ministro sustenta que, sendo a TFRM representativa de apenas 1% da receita bruta das mineradoras, e sendo o princípio da capacidade contributiva aplicável às taxas, ela não seria desproporcional:

Nessa linha, a capacidade contributiva representa o mecanismo mediante o qual se realiza a equidade tributária em perspectivas horizontal e vertical na convergência de esforços coletivos para a manutenção do Estado Fiscal. Contudo, uma distinção é necessária: as taxas são regidas pelo ideal da comutatividade ou referibilidade, de modo que o contribuinte deve suportar o ônus da carga tributária em termos proporcionais à fiscalização a que submetido ou aos serviços públicos disponibilizados à sua fruição.

Em suma, a informação de que se valerem o custos legis e o defensor legis no sentido de que a taxa em questão representaria apenas 1% da receita bruta das sociedades empresárias dedicadas à exploração do setor mineral importa somente na medida em que desmentem a alegação de efeito confiscatório, tal como vedado no art. 150, IV, da Constituição da República. Isto porque trata-se de conceito relativamente indeterminado no altopiano constitucional, assim se torna imprescindível perquirir heurísticamente os elementos fático-normativos essenciais à constatação do caráter de confisco da obrigação tributária.

[...]

Nesse quadro, remanesce o desafio imposto pela juridicidade dos princípios tributários da proporcionalidade e da retributividade. De todo modo, reputo que a lei impugnada não padece de vícios de inconstitucionalidade quanto a esses aspectos, ao fundamento de existir um liame razoável (ou “intuitivo” nas palavras de Deborah Duprat) entre a quantidade de minério extraído e o dispêndio da atividade estatal para com a fiscalização dos contribuintes.

O argumento parece equivocado. Diferentemente de um imposto, as taxas são contraprestacionais, de forma que são recolhidas para ressarcir um custo estatal, sendo, por isso, dimensionadas em razão desse custo, que é a única grandeza-parâmetro para verificar a proporcionalidade da base de cálculo escolhida.

A receita bruta das mineradoras, seu lucro, ou qualquer outra grandeza que não o custo da atividade estatal, são absolutamente irrelevantes para verificar se uma taxa é proporcional. O que importa saber é se a taxa, razoavelmente, ressarce o custo estatal, e não se o contribuinte teria capacidade econômica para suportar maior ou menor ônus com esse tributo.

O que permitiu ao STF, em sua jurisprudência histórica, aplicar a capacidade contributiva para as taxas não é a capacidade econômica dos contribuintes, e sim o fato de que o contribuinte pode demandar, em virtude dessa sua capacidade, mais ou menos intensamente uma

determinada atuação estatal. É dizer, no caso das taxas, a justiça tributária deve ser mensurada a partir da retributividade inerente a esta espécie tributária, a partir da verificação da proporcionalidade entre o valor da taxa e o custo da atividade estatal. É isso o que permite aplicar a esta espécie tributária a capacidade contributiva, como fator de isonomia, uma vez que, ao se adotar dados do contribuinte como critérios norteadores do valor da taxa, tem-se, ao fundo, maior incidência onde há maior capacidade contributiva. É ver o Recurso Extraordinário 790.049²⁴¹, Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

Numa outra perspectiva, deve-se entender que o cálculo da taxa de lixo, com base no custo do serviço dividido proporcionalmente às áreas construídas dos imóveis, é forma de realização *da isonomia tributária*, que *resulta na justiça tributária* (C.F., art. 150, II). É que a presunção é no sentido de que o imóvel de maior área produzirá mais lixo do que o imóvel menor. O lixo produzido, por exemplo, por imóvel com mil metros quadrados de área construída será maior do que o lixo produzido por imóvel de cem metros quadrados. A presunção é razoável e, de certa forma, realiza, também, o *princípio da capacidade contributiva* do art. 145, § 1º, da C.F., que, sem embargo de ter como destinatária os impostos, nada impede que possa aplicar-se, na medida do possível, às taxas.

Determinado contribuinte, de maior porte financeiro, tende a demandar maior intensidade de fiscalização estatal. Por isso a capacidade contributiva é aplicável. Mas isso não muda, de forma alguma, o fato de que se deve estabelecer a proporcionalidade nas taxas com base no custo da atuação estatal, jamais com base na receita bruta ou lucro do contribuinte.

Vale notar que esse mesmo fundamento, sobre a capacidade econômica dos contribuintes, não foi apresentado pelo STF nas ADI sobre aproveitamento de petróleo, gás natural e recursos hídricos, ainda que, notoriamente, empresas de petróleo e de energia elétrica tenham substancial porte financeiro.

O voto escrito do Ministro Dias Toffoli sustenta a validade da TFRM mineira, ao único fundamento de que “a estimativa de arrecadação da TFRM não ultrapassa, de maneira desarrazoada, a de despesa anual com a atividade fiscalizatória”, ao fundamento de que “a proporção entre esse e aquele valor não se compara com aquelas consideradas inconstitucionais pela Corte” nas ADI recentes já mencionadas.

²⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 790049, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe 30/05/2014.

Os Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Gilmar Mendes se mantiveram firmes e coerentes com os posicionamentos recentes da Suprema Corte, invalidando a TFRM.

1.4.5. TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL

Em nível municipal, os tributos mais relevantes a impactar a mineração incidem sobre a propriedade. Há o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU), cuja competência para criação e cobrança é do próprio Município (art. 156, I, da CRFB/1988) e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), cuja competência, apesar de federal, traduz imposto de interesse local. Prova disso é que a CRFB/1988 autoriza a celebração de convênios para que a totalidade da arrecadação seja municipal (inciso III do § 4º do art. 153 c/c inciso II do art. 158 CRFB/1988), desde que seja fiscalizado e cobrado pelos Municípios e que não haja renúncia fiscal. Atualmente, 1931 Municípios celebraram convênios com a Receita Federal do Brasil relativos ao ITR²⁴².

1.4.5.1. IPTU

A regra de competência para a criação do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é extraída do art. 156, I, da CRFB/1988. Em que pese se ter outorgado competência para os municípios instituírem imposto apenas sobre a *propriedade*, o *caput* do art. 32 do CTN, e as legislações municipais, estabeleceram a incidência do IPTU sobre a propriedade, o domínio útil e a posse de bem imóvel localizado na zona urbana.

Na Constituição de 1946, não havia menção à competência exclusiva para instituição do referido imposto sobre a “propriedade”. Havia ampla competência tributária sobre qualquer situação de fato ou jurídica vinculada à locução “predial”. Ou seja, aquela Constituição, que precedeu o CTN, outorgou competência aos Municípios para instituir impostos sobre a

²⁴² Cf. << <http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/termoitr/controlador/controlConsulta.asp> >>. Acesso em 05.07.2022.

propriedade, posse, domínio útil e quaisquer outras situações de fato e de direito vinculadas a “prédios”.

Com a Constituição de 1967, restringiu-se a competência tributária dos Municípios, em relação ao IPTU, à propriedade. A Constituição de 1988, como visto, manteve a opção por autorizar a instituição de impostos municipais tão somente sobre a propriedade urbana. Trata-se, portanto, de hipótese de não recepção do art. 32 do CTN pela Constituição de 1988, na parte em que autoriza a cobrança do imposto sobre domínio útil e a posse de bem imóvel localizado na zona urbana. Nesse sentido, pertinentes as observações de Leandro Paulsen²⁴³:

Inconstitucionalidade originária e não recepção dos arts. 32 e 34 do CTN no que desbordam do conceito de “propriedade” e, por consequência, de “proprietário”. Entendemos que os arts. 32 e 34 do CTN, no que desbordam do conceito de propriedade e do proprietário, são incompatíveis com o texto constitucional, não ensejando validamente a tributação do domínio útil e da posse, bem como a exigência do IPTU dos respectivos titulares. De fato, note-se que é a riqueza revelada pela propriedade que é dada à tributação. Assim, não se pode tributar senão a propriedade e senão quem revele tal riqueza. A titularidade de qualquer outro direito real revela menor riqueza e, o que importa, não foram os demais direitos reais previstos constitucionalmente como ensejadores da instituição de impostos.

Conforme art. 146, II e III, “a”, da CRFB/1988, compete à lei complementar regular conflitos de competência – como entre o IPTU e o ITR –, bem como estabelecer normas gerais em relação a impostos, notadamente seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Disso surge o problema que tem mais afetado a mineração quanto à incidência do referido imposto. Trata-se da tentativa municipal de criar, por lei, áreas de expansão urbana sobre projetos de mineração – normalmente localizados em terrenos afastados da zona urbana –, sem, contudo, aprovar os competentes loteamentos exigidos pelo art. 32, do CTN, que regulamenta a matéria nos termos do art. 146 da CRFB/1988.

De acordo com o § 2º do art. 32 do CTN, a legislação municipal pode considerar como áreas urbanas aquelas regiões destinadas à expansão urbana, desde que existam loteamentos aprovados pelos órgãos competentes:

²⁴³ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 763.

Art. 32 [...]

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior. – (grifei)

O fundamento dessa exigência reside no fato de o loteamento ser um indicativo de atuação municipal no sentido de urbanizar efetivamente determinadas regiões, retirando-lhes, mesmo que de modo preliminar, seu caráter puramente rural. Sem que isso seja feito, ocorre mera declaração de intenções de urbanizar por parte do Município, que não é admitida pelo CTN como suficiente para afastar a incidência do ITR.

O loteamento é figura jurídica regulamentada pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/1979). Nos termos do art. 2º, § 1º da referida lei, trata-se da divisão de uma gleba em lotes. Para tanto, deve ser seguido o procedimento e as formalidades nela previstas. Ou seja, somente há loteamento se, da atividade de parcelar o solo urbano, for extraída uma subdivisão de glebas em lotes.

Nos termos dos arts. 6º a 8º da Lei nº 6.766/1979, antes da elaboração do projeto, o loteador deve solicitar à Prefeitura Municipal as diretrizes do uso do solo, do traçado dos lotes, dos espaços livres e das áreas para equipamento urbano e comunitário. Após esta fase, compete ao loteador apresentar o projeto ao Município, que deve acompanhar a matrícula atualizada da gleba e a certidão negativa de tributos municipais (art. 9º, da Lei nº 6.766/1979).

Se o loteamento for aprovado (art. 12, da Lei nº 6.766/1979), haverá a expedição e publicação de Decreto Municipal. A partir de então, o projeto, obrigatoriamente, sob pena de caducidade, deverá ser registrado em Cartório de Registro de Imóveis, conforme dispõe o art. 18, do mesmo diploma legal. Ademais, a execução do loteamento deve ser realizada no prazo previsto em respectivo cronograma apresentado por ocasião do pedido de aprovação, sob pena de caducidade (art. 12, § 1º, da Lei nº 6.766/1979).

Sem que esse procedimento seja implementado, a área de expansão urbana, assim prevista em lei municipal, não autoriza a cobrança do IPTU sobre a propriedade onde é exercida a

atividade de mineração. Nesse sentido vem decidindo, reiteradamente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁴⁴:

Plausível é a pretendida declaração de inexigibilidade do IPTU cobrado pelo Município de Nova Lima quando, sustentada sua legitimidade com base no art. 32, § 2º, do CTN, comprovada a inexistência do registro de loteamento a que aludem os arts. 18 e ss. da Lei n.º 6.766/1979, o que não derruído pelo fisco novalimense, que se mantém em eloquente silêncio acerca da alegada "ausência de loteamento aprovado", requisito esse expressamente exigido tanto pelo próprio art. 32, § 2º, do CTN quanto pelo art. 1º, p. único, II, da LM/NL n.º 2.029/07 para se cobrar IPTU de imóvel que, embora situado fora da "zona urbana", encontra-se nas chamadas "áreas urbanizáveis ou de expansão urbana", onde utilizado em "atividades industriais". [...]. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0188.15.007612-6/001, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2016, publicação da súmula em 22/03/2016)

Não incide IPTU sobre imóvel localizado em zona urbana do Município, mas que não seja beneficiado pelos melhoramentos indicados no § 1º do art. 32 do CTN, ou em que não haja loteamento aprovado, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo. [...]. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.09.576222-5/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/10/2014, publicação da súmula em 13/10/2014)

A matéria ainda não foi apreciada por Tribunais Superiores. Dessa forma, se não houver a realização de loteamento que preencha o requisito do § 2º, do art. 32, do CTN, não se pode cobrar o IPTU sobre a propriedade onde é exercida a atividade de mineração em áreas de expansão urbana.

1.4.5.2. ITR

Na mineração, a grande discussão quanto ao ITR reside em saber se ele incide sobre propriedades rurais nas quais se exerça essa atividade. Por força da rigidez locacional, o minerador exerce a sua atividade no local em que os recursos minerais se encontrem. Por isso, as atividades de pesquisa e de lavra mineral são desempenhadas, expressivamente, em imóveis localizados em zonas rurais, normalmente afastadas dos centros urbanos.

²⁴⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento-Cv 1.0188.15.007612-6/001, Relator Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, julgamento em 15/03/2016; BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.09.576222-5/001, Relator Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, julgamento em 02/10/2014.

Apesar de os imóveis rurais nos quais se realiza atividades de mineração serem utilizados em alto grau, cumprindo a sua função social no exercício de pesquisa e de lavra mineral, as autoridades fiscais vêm exigindo o recolhimento do ITR de maneira a considerar tais áreas como se fossem improdutivas. É o que se verifica na Decisão da RFB nº 195/1998:

As áreas destinadas à exploração mineral (minas, lavras, jazidas, lagoas de rejeitos, oficinas, etc) são consideradas pela legislação do ITR como componentes da Área Tributável e da Área Aproveitável do imóvel, mas não como componentes de sua Área de Utilização Limitada.

O art. 18, III c/c art. 27 do Decreto nº 4.382/2002 restringiu o conceito de atividade extrativa, considerada como efetivamente utilizada apenas a área destinada à atividade extrativa *vegetal*. No mesmo sentido, o art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 256/2002 dispõe que apenas é atividade extrativa válida, para cálculo do ITR, aquela voltada ao extrativismo *vegetal*, desconsiderando a mineração.

Igualmente, o art. 30 II, da Instrução Normativa SRF nº 256/2002 dispõe que as “áreas ocupadas por jazidas ou minas, exploradas ou não” devem ser incluídas no conceito de “área não utilizada pela atividade rural”. Por isso, a própria declaração de apuração do imposto obriga o contribuinte a incluir, no campo destinado às áreas não utilizadas na atividade rural, a “Área de Mineração (jazida/mina)”, fazendo com que essas áreas sejam, ao mesmo tempo, tributáveis e consideradas não utilizadas, majorando o ITR à semelhança do que ocorre em um imóvel rural improdutivo.

O tratamento dado pela RFB à matéria parece afrontar a matriz constitucional do ITR e a sua função extrafiscal, além de desprezar importantes normas editadas especificamente sobre o assunto²⁴⁵.

A política agrária nacional (arts. 184 a 191, da CRFB/1988) tem como objetivo assegurar o cumprimento da função social da propriedade rural, caracterizada pelo aproveitamento racional e adequado da terra. Entre os instrumentos previstos para o cumprimento

²⁴⁵ NOGUES, Luiza Viglioni; DE CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório. ITR sobre áreas de mineração. In AZEVEDO, Marcelo; DE CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório; MATTOS, Tiago de; FREIRE, William [Coords.]. *Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 825.

desse objetivo, encontra-se a tributação diferenciada das áreas rurais pelo ITR, de nítido cunho extrafiscal, que foi estruturado para incidir mais gravosamente sobre imóveis rurais improdutivos.

O art. 153, § 4º, da CRFB/1988 determina a instituição de alíquotas progressivas para o imposto. Com base nessa regra, a Lei nº 9.393/1996, que regula a atual forma de incidência do ITR, instituiu alíquotas que variam de 0,03% a 20%, aferidas pela relação entre o grau de utilização do imóvel e a sua área total.

Conforme a Lei nº 9.393/1996, o *Grau de Utilização* do imóvel consiste na relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável (art. 10, § 1º, VI):

$$GU = \frac{\text{Área efetivamente utilizada}}{\text{Área aproveitável}}$$

Área efetivamente utilizada é definida pelo art. 10, § 1º, V, da Lei nº 9.393/1996, como a porção do imóvel que, no ano anterior ao fato gerador, tenha (i) sido objeto de exploração extrativa; (ii) sido plantada com produtos vegetais; (iii) servido de pastagem, nativa ou plantada; (iv) servido para exploração de atividades granjeira e aquícola; e (v) sido objeto de implantação de projeto técnico. *Área aproveitável*, por sua vez, foi definida pelo caput do inciso IV, do § 1º, do art. 10, da Lei nº 9.393/1996 como apenas a que for passível de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, cuidando as alíneas do referido inciso de enumerar as áreas não aproveitáveis, quais sejam: (i) ocupadas por benfeitorias úteis e necessárias; e (ii) não tributáveis, definidas no inciso II, do mesmo artigo e parágrafo.

Esses são os fatores que determinam a alíquota do ITR.

Já a base de cálculo do imposto é o Valor da Terra Nua Tributável, ou VTNt, obtido por meio da multiplicação do VTN pelo quociente entre a área tributável e a área total do imóvel (inciso III, do § 1º, do art. 10):

$$VTNt = VTN \times \frac{ATributável}{ATotal}$$

O VTN corresponde ao valor do imóvel, subtraído do valor das construções, instalações, benfeitorias, culturas permanentes e temporárias, pastagens cultivadas e melhoradas e florestas plantadas (inciso I, do § 1º, do art. 10).

Área tributável é a área total do imóvel, desta excluídas as seguintes áreas: (i) comprovadamente imprestáveis para produção rural; (ii) de preservação permanente e de reserva legal; (iii) de interesse ecológico; (iv) sob regime de servidão ambiental; (v) cobertas por florestas nativas; e (vi) alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidrelétricas – nos termos do inciso II, do dispositivo em comento.

Observa-se do exposto que as áreas definidas pela Lei nº 9.393/1996 como *não tributáveis* são justamente aquelas não passíveis de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, ou seja, áreas *não aproveitáveis*. Daí que referidas áreas sejam *simultaneamente* (i) não consideradas na determinação da alíquota do ITR, via Grau de Utilização, e (ii) excluídas da sua base de cálculo. Por exemplo, as áreas de preservação permanente e de reserva legal, ao mesmo tempo em que são excluídas do cálculo do Grau de Utilização do imóvel, provocando a diminuição da alíquota do ITR *por serem inaproveitáveis*, também são excluídas da base de cálculo do imposto, uma vez que são áreas qualificadas como *não tributáveis*.

Quanto às áreas destinadas à mineração, como visto, a RFB exige a sua inclusão no cálculo do Grau de Utilização do imóvel, qualificando-as como *áreas aproveitáveis*, e as considera “não utilizadas” (tratando-as como improdutivas). Isso enquanto impõe que o seu valor por hectare componha a base de cálculo do ITR, por trata-las como *áreas tributáveis*. Daí que, mesmo utilizando os imóveis rurais em atividades de mineração, cumprindo a sua função social, o contribuinte recebe o mesmo tratamento fiscal de um imóvel improdutivo.

Em primeiro lugar, o Fisco, ao realizar uma interpretação literal e isolada da Lei nº 9.393/1996, ignora o disposto no art. 8º, do Decreto-Lei nº 57/1966, recepcionado pela CRFB/1988 como lei complementar²⁴⁶, segundo o qual a área rural destinada a atividades de pesquisa e lavra mineral são inaproveitáveis, para fins de lançamento do ITR:

²⁴⁶ GODOI, Marciano Seabra de; MELO, Fabiana Leão de. O ITR e as Áreas Destinadas à Atividade de Mineração, in *Direito Empresarial Atual*, Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 263-265.

Art 8º Para fins de cadastramento e do lançamento do ITR, a área destinada a exploração mineral, em um imóvel rural, será considerada como inaproveitável, desde que seja comprovado que a mencionada destinação impede a exploração da mesma em atividades agrícolas, pecuária ou agro-industrial e que sejam satisfeitas as exigências estabelecidas na regulamentação dêste Decreto-Lei.

Sendo legalmente qualificadas como inaproveitáveis, as áreas rurais destinadas à pesquisa e lavra mineral, inclusive a extensão das benfeitorias e instalações vinculadas a essas atividades, devem (i) ser excluídas no cálculo do Grau de Utilização do imóvel, de forma a proporcionar a redução das alíquotas do ITR; e (ii) ser deduzidas da área tributável, reduzindo também a base de cálculo do imposto, uma vez que, nos termos da Lei nº 9.393/1996, há uma correlação entre a imprestabilidade e a inaproveitabilidade, a ponto de todas as áreas qualificadas como imprestáveis também serem caracterizadas como inaproveitáveis para a atividade rural, conforme se verifica no art. 10, § 1º, IV, b c/c II, c.

Isto é, por um lado, a qualificação legal das áreas de mineração como inaproveitáveis implica a sua exclusão do cálculo do Grau de Utilização do imóvel (redução das alíquotas). E, uma vez que o art. 8º, do Decreto-Lei nº 57/1966 se refere à área de mineração que “impede a exploração da mesma em atividades agrícolas, pecuária ou agro-industrial”, além de inaproveitáveis, tais áreas são também imprestáveis para qualquer atividade rural (redução da base tributável).

Quanto à imprestabilidade das áreas para qualquer atividade rural, ressalta-se que a RFB a condiciona à prévia declaração de interesse ecológico. Mas, ao exigir esta declaração também para as áreas de mineração, o Fisco desconsidera a existência do art. 8º, do Decreto-Lei nº 57/1966, que deve ser interpretado conjuntamente com a Lei nº 9.393/1996 (interpretação sistemática), sobretudo por se tratar de norma mais específica, já que versa expressamente sobre o tratamento das áreas de mineração no cômputo das alíquotas e da base de cálculo do ITR.

A hierarquia de lei complementar do Decreto-Lei nº 57/1966 foi definida pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁷ no Recurso Extraordinário nº 140.773/SP, Relator Ministro Sydney

²⁴⁷ “Antes mesmo que o C.T.N. entrasse em vigor, o que ocorreu a 1º de janeiro de 1967 (art. 218), seu art. 32 foi alterado pelo art. 15 do Decreto-Lei nº 57, de 18.11.1966 [...]. Esse Decreto-Lei nº 57/66 também foi recebido, não

Sanches, DJ 04.06.1999, justamente porque a função das suas normas é dirimir conflitos de competência com o IPTU e disciplinar base de cálculo, fato gerador e contribuintes do ITR.

A União recebeu a competência para instituir o ITR com a Emenda à Constituição nº 10/1964, para lhe conferir mais um instrumento de política fiscal para a reforma agrária. Nessa esteira, editou-se o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964), que instituiu o imposto de forma progressiva e cujo fato gerador recaía somente sobre áreas passíveis de aproveitamento rural, assim entendida a exploração agrícola, pecuária e florestal (art. 50, § 4º).

Como o objetivo era estruturar a atividade rural por meio do ITR, não se incluiu as áreas de mineração como áreas tributáveis e aproveitáveis. Daí a lógica consubstanciada no art. 8º, do Decreto-Lei nº 57/1966, que excluiu essas áreas da tributação do ITR. A opção realizada à época da edição do Estatuto da Terra e do Decreto-Lei nº 57/1966 permanece compatível com a Constituição de 1988, eis que o ITR também foi previsto como instrumento para a concretização da política agrária nacional (art. 153, § 4º).

Não bastasse a disposição do art. 8º, do Decreto-Lei nº 57/1966 no sentido de que as áreas de mineração são imprestáveis e inaproveitáveis, o art. 10, III, da Lei nº 8.629/1993, ao regulamentar a reforma agrária, dispõe de forma idêntica, afirmando que “consideram-se não aproveitáveis: [...] III - as áreas sob efetiva exploração mineral”. Marciano Seabra de Godoi e Fabiana Leão De Melo²⁴⁸ afirmam a respeito:

Conforme explicitado, o Poder Executivo considera as áreas destinadas à mineração não enquadráveis como atividade rural, mas veda sua exclusão da base de cálculo do ITR, por considerar imprescindível a prévia declaração do interesse ecológico da área.

A interpretação literal e isolada da alínea c, do inciso II, do artigo 10 da Lei n.º 9.393/1996 realmente conduz a esse entendimento quanto à base de cálculo: [...].

Entretanto, essa interpretação desconsidera o Decreto-Lei nº 57/1966, que contém disposição específica reconhecendo a imprestabilidade das áreas de mineração à atividade rural e a consequente exclusão da apuração do ITR: [...].

só como lei formal, atendido, assim, também nesse caso, o princípio da legalidade, mas como de natureza complementar [...]”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 140.773/SP, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 04.06.1999.

O Superior Tribunal de Justiça também tem, reiteradamente, reafirmado a validade e vigência do Decreto-Lei nº 57/1966. Nesse sentido: AgRg no REsp 783.794/SP; AgRg no REsp 679.173/SC; REsp 738.628/SP; AgRg no Ag 498.512/RS, AgRg no REsp 1457942/MG, dentre outros.

²⁴⁸ GODOI, Marciano Seabra de; MELO, Fabiana Leão de. O ITR e as Áreas Destinadas à Atividade de Mineração, in *Direito Empresarial Atual*, Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 263-265.

Diante disso, cabe concluir que a legalidade do artigo 10, II, c da Lei n.º 9.393 depende necessariamente de sua interpretação no sentido de que a previsão de exigência de prévia declaração de interesse ecológico pelo órgão competente não se aplica às áreas de mineração. Somente essa interpretação compatibiliza o dispositivo com o disposto no art. 8.º do Decreto-Lei n.º 57/1966.

As limitações introduzidas pelo Fisco à exclusão das áreas destinadas a projetos de mineração, por meio do Decreto n.º 4.382/2002 e da Instrução Normativa SRF n.º 256/2002, além de ilegais, são inconstitucionais, por (1) afrontar a sistemática progressiva de incidência do ITR, no contexto do seu objetivo extrafiscal; e (2) porque violam o princípio isonomia (art. 150, II), ao conferir às mineradoras, que utilizam os imóveis rurais, o mesmo tratamento fiscal atribuído a propriedades improdutivas, que não cumprem a sua função social. Equiparar a atividade de mineração a uma área improdutiva ou tratá-la de forma distinta da atividade rural, quando ambas são igualmente produtivas, implica violação à igualdade.

É da essência das atividades de pesquisa e lavra mineral impedir que a área destinada a esse fim não seja passível de aproveitamento para qualquer outra atividade econômica, sobretudo atividades rurais. Isso porque a atividade extrativa mineral implica (i) o desmonte da substância mineral *in situ*, via escavadeiras e acionamento de explosivos; (ii) a criação de pilhas de estéril – que é o recurso mineral sem valor econômico –, depositadas nas adjacências das frentes de lavra; (iii) a construção de barragens de rejeitos, também nas adjacências das frentes de lavra; (iv) e a construção de uma complexa rede de usinas de beneficiamento (peneiramento, concentração etc.).

Ademais, a outorga de um Direito Minerário pela União não garante apenas o direito de se realizar a pesquisa (Alvará de Pesquisa) ou a lavra (Portaria de Lavra). Por força dos arts. 29, I e II, 47, I e XIV e 49, do Código de Mineração (Decreto-Lei n.º 227/1967)²⁴⁹, e por ser a

²⁴⁹ “Art. 29 O titular da autorização de pesquisa é obrigado, sob pena de sanções:

I - A iniciar os trabalhos de pesquisa:

a) dentro de 60 (sessenta) dias da publicação do Alvará de Pesquisa no Diário Oficial da União, se o titular for o proprietário do sol ou tiver ajustado com este o valor e a forma de pagamento das indenizações a que se refere o Artigo 27 deste Código; ou,

b) dentro de 60 (sessenta) dias do ingresso judicial na área de pesquisa, quando a avaliação da indenização pela ocupação e danos causados processar-se em juízo.

II - A não interromper os trabalhos, sem justificativa, depois de iniciados, por mais de 3, (três) meses consecutivos, ou por 120 dias acumulados e não consecutivos.

mineração uma atividade de interesse nacional (art. 176 da CRFB/1988), o minerador, ao receber os títulos de pesquisa e lavra, tem o dever de exercer a atividade até a exaustão da jazida, sob pena de aplicação das sanções previstas no Código de Mineração.

Quando a tributação é norteadada pela extrafiscalidade, o que é o caso do ITR, a capacidade contributiva deixa de ser o fator limitador do poder de tributar, sendo substituída por outros objetivos traçados pelas CRFB/1988, os quais se pretende alcançar mediante a indução de comportamentos, via aplicação da norma tributária. No caso do ITR, o seu objetivo extrafiscal é o cumprimento da função social da propriedade rural e, para tanto, foi estruturado de forma a onerar mais gravosamente os contribuintes que não cumprem esse objetivo.

A função social da propriedade rural, que orienta a incidência do ITR, será atendida sempre que houver (i) o aproveitamento racional e adequado da terra; (ii) a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente; (iii) forem respeitadas as normas trabalhistas; e (iv) a exploração da atividade favorecer o bem-estar dos trabalhadores e proprietários, conforme o art. 186, da CRFB/1988.

A redação constitucional foi reproduzida pelo art. 9º, da Lei nº 8.629/1993, cujo § 2º esclarece que: “Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade”.

O minerador, quando localiza uma jazida mineral em um imóvel rural e obtém o Direito Minerário autorizativo de pesquisa e lavra, o faz justamente em respeito à vocação natural da terra, que, neste caso, terá vocação mineral. Como o minerador tem o dever de realizar a lavra, pelo Código de Mineração e por se tratar de atividade de interesse nacional, sob pena de sofrer as

Parágrafo único. O início ou reinício, bem como as interrupções de trabalho, deverão ser prontamente comunicados ao D. N. P. M., bem como a ocorrência de outra substância mineral útil, não constante do Alvará de Autorização”.
 “Art. 47. Ficarà obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V:
 I - iniciar os trabalhos previstos no plano de lavra, dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados da data da publicação do Decreto de Concessão no Diário Oficial da União, salvo motivo de força maior, a juízo do D.N.P.M.; [...].
 XIV - Não suspender os trabalhos de lavra, sem prévia comunicação ao D.N.P.M.” – (grifei).
 “Art. 49. Os trabalhos de lavra, uma vez iniciados, não poderão ser interrompidos por mais de 6 (seis) meses consecutivos, salvo motivo comprovado de força maior”. – (grifei).

sanções cabíveis, realiza-se adequadamente o potencial produtivo da propriedade, em cumprimento à sua efetiva função social e vocação natural.

Por isso, é incorreto impor às mineradoras um tratamento fiscal similar àquele conferido a contribuintes que mantêm propriedades improdutivas, já que representa tratar como equivalentes pessoas que não se encontram na mesma situação. A esse respeito, ensina Misabel Derzi²⁵⁰:

Inconstitucional será a norma legal que, concedendo estímulos a certos proprietários de terra, deles exclua outros em igualdade de condições que, assim, pertencem à mesma categoria essencial. As atividades idênticas situadas têm de merecer, sem exceções, o mesmo tratamento no imposto, nos incentivos, nos prêmios, nas isenções ou na progressividade sancionante. Qualquer critério de exclusão do tratamento igual para pessoas iguais jamais poderá ser arbitrário, mas dele dever-se-á poder aferir a razoabilidade.

O assunto não foi analisado pelos Tribunais Superiores, mas há decisões sendo proferidas pelo Poder Judiciário a esse respeito²⁵¹:

ITR. ISENÇÃO. ÁREA DE PRODUÇÃO MINERAL. DECRETO 57/66 REGULAMENTADO PELO DECRETO 59.900/66. ISENÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. EFEITOS PROSPECTIVOS. CABIMENTO. [...]

1. Dispõe o art. 8º, do Decreto nº 57/66 que para fins de cadastramento e do lançamento do ITR, a área destinada a exploração mineral, em um imóvel rural, será considerada como inaproveitável, desde que seja comprovado que a mencionada destinação impede a exploração da mesma em atividades agrícolas, pecuária ou agro-industrial e que sejam satisfeitas as exigências estabelecidas na regulamentação deste Decreto-Lei.

2. O regulamento, no caso, ficou por conta do Decreto 59.900/66, que dispôs que para efeito do disposto no art. 8º do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, o contribuinte deverá apresentar planta com a localização das áreas de exploração mineral e o respectivo registro no Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério de Minas e Energia, o decreto de lavra, e a justificativa quando a lavra não for de superfície, de que a mencionada destinação impede a exploração com finalidade agrícola, pecuária, ou agro-industrial.

3. Da perícia realizada nestes autos, restou indene de dúvidas que existe concessão mineral sobre o imóvel sendo que o mesmo está sendo usado em sua totalidade para este fim. Concluiu o perito, ademais, que a área onde está sendo executado o trabalho de lavra, ou seja, a totalidade do imóvel, é imprestável para atividades agrícolas ou pecuárias.

²⁵⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. In BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro (atualização)*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 234.

²⁵¹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível 0022324-29.1999.4.01.3500, Rel. Juiz Federal Wilson Alves De Souza, 5ª Turma Suplementar, DJe 23/10/2013.

4. O Decreto de Lavra, por sua vez, encontra-se devidamente encartado às fls. 53/54, razão pela qual, de fato, os imóveis em tela são insuscetíveis de incidência do ITR, enquanto estiverem, em sua completude, sendo utilizados para produção mineral. [...]. (TRF da 1ª Região. Apelação Cível 0022324-29.1999.4.01.3500, Rel. Juiz Federal Wilson Alves De Souza, 5ª Turma Suplementar, DJe 23/10/2013)

Fica demonstrado que restrições impostas pela RFB, ao não permitir que as áreas destinadas à mineração sejam consideradas não aproveitáveis e imprestáveis para a atividade rural, implica inconstitucionalidade e ilegalidade.

2. TRIBUTAÇÃO MINERAL NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Apontadas as principais características e problemas da tributação mineral no Brasil, cumpre verificar como o mesmo fenômeno ocorre na experiência estrangeira, para fins comparativos.

O objetivo dessa avaliação, como visto no capítulo introdutório, não é comparar o direito brasileiro com o de outros países (por exemplo, normas de incidência e seus aspectos próprios de cada jurisdição), e sim comparar as experiências de cada país, verificando aquelas cujo resultado, em termos de desenvolvimento econômico e social, pode ser replicado no Brasil.

A escolha dos países se deu a partir dos seguintes elementos: (1) proeminência do setor mineral no país, (2) localização geográfica e (3) diversificação em termos de desenvolvimento econômico-social. O primeiro item é um filtro, de forma que apenas foram considerados países nos quais a economia mineral seja relevante. O segundo elemento permite coletar uma amostragem mais diversa, selecionando experiências em continentes diferentes. O terceiro aspecto, decorrente do segundo, permite verificar experiências de países que já se desenvolveram a partir da mineração e aqueles em que esse processo está em curso.

A estrutura da avaliação de cada país foi a seguinte: (a) organização político-administrativa, (b) características essenciais da mineração local e sua contribuição para a economia do país, (c) nível de desenvolvimento sócio-econômico e (d) carga tributária e estruturas jurídicas de incidência fiscal sobre a mineração.

Antes de avaliar a experiência de cada país, contudo, serão apresentados os instrumentos fiscais mais largamente utilizados na tributação mineral, suas características, possíveis vantagens e desvantagens, para melhor contextualizar os instrumentos escolhidos pelos países selecionados.

2.1. INSTRUMENTOS FISCAIS MAIS UTILIZADOS NA TRIBUTAÇÃO MINERAL

Lindsay Hogan e Brenton Goldsworthy²⁵² apontam que regimes fiscais sobre a mineração tendem a ser diferentes de outros setores em virtude (i) das rendas minerais, abordadas no tópico 2.1 e de (ii) riscos não usuais para o investidor.

As rendas minerais tornam a tributação do setor particular, sobretudo pelo fato de os países desejarem a sua captura por instrumentos fiscais por serem, normalmente, proprietários dos recursos minerais. Já os riscos não usuais para o investidor incluem, sobretudo, o longo período de pesquisa mineral, risco geológico, investimento intensivo em bens de capitais que não podem ser transferidos para outros projetos, preços voláteis, longo período para recuperar os investimentos iniciais, o que expõe o investidor a riscos políticos e à instabilidade regulatória (insegurança jurídica), riscos significativos associados a impactos e danos ambientais e suporte às comunidades locais.

Os autores²⁵³ apontam que a carga tributária sobre o setor, em cada país, tende a variar conforme a percepção do risco pelo investidor: quanto maior a percepção do risco, menor tende ser a carga, do contrário não haveria investimentos, uma vez que os países competem pela sua captura.

Outro fator determinante para a seleção dos instrumentos fiscais é a praticabilidade fiscal ou a facilidade de administração fiscal. Por exemplo, em relação às regras de controle de preços de transferência, a estrutura brasileira, baseada predominantemente em margens fixas e presunções, serve à praticabilidade fiscal. Regras mais complexas, como o PVEx e o PECEX no

²⁵² HOGAN, Lindsay; GOLDSWORTHY, Brenton. *International Mineral Taxation*. In DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 123.

²⁵³ HOGAN, Lindsay; GOLDSWORTHY, Brenton. *International Mineral Taxation*. In DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 124.

Brasil, que se voltam à comparabilidade de preços e cotações, envolvem a necessidade de conhecimento, pelas autoridades fiscais, de diferenças técnicas entre um mesmo grupo de *commodities* e dos ajustes permitidos na apuração fiscal para que a comparabilidade seja factível, que tornam a administração tributária do instituto mais complexa, favorecendo planejamentos fiscais e transferência de lucros ao exterior.

Após a segunda guerra mundial, houve um relevante movimento global pela independência de países mineradores que, antes, eram colônias das potências ocidentais. Com a sua independência, ocorreu a nacionalização dos recursos minerais (processo que o Brasil realizou em 1934), fazendo com que a possibilidade do seu aproveitamento econômico por particulares estivesse associada a cobranças fiscais que permitissem ao país capturar a sua parcela correspondente à renda mineral (chamada neste trabalho de “monetização de recursos minerais”). As referidas cobranças fiscais passaram a ser, em geral, as seguintes no período pós-guerra²⁵⁴:

- *Royalties ad valorem*, baseados no valor produzido e não apenas no volume extraído. Inicialmente, adotou-se alíquotas únicas; posteriormente, variações por substância (modelo brasileiro), até que, em administrações fiscais mais modernas, se verifique a adoção de *royalties* baseados no lucro da mineradora (*profit-based royalties*), sendo o caso da Austrália, Canadá e Nevada, nos Estados Unidos da América. O Brasil, como visto, ainda não adota esse modelo.
- *Imposto de Renda*. Verificou-se uma mudança na predominância da arrecadação de *royalties* para a tributação da renda – o que é verdade também no Brasil, visto que, desde que a mineradora seja lucrativa, paga-se mais IRPJ/CSLL (34% do lucro ajustado) do que CFEM (1% a 3,5% da receita bruta ajustada). Nesse caso, a maior parte dos países criou incentivos fiscais para o imposto, sobretudo depreciação, exaustão e amortização aceleradas de ativos não circulantes. O Brasil adotou esses incentivos no passado²⁵⁵: (i) a legislação do IRPJ permitia que fosse

²⁵⁴ HOGAN, Lindsay; GOLDSWORTHY, Brenton. International Mineral Taxation. In DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 127.

²⁵⁵ BRAZ, Eliezer. Cenário Evolutivo da Situação Tributária da Mineração no Brasil e Análise Comparativa com Países Mineradores Seleccionados. In *Aspectos Tributários da Mineração Brasileira*. Banco Mundial: 2009, p. 8.

excluído do lucro tributável montante equivalente a duas vezes as taxas de depreciação normal e acelerada, no caso de bens de capital novos, nacionais, vinculados a projetos aprovados relativo à prospecção, estudos e pesquisas relacionados com o levantamento e aproveitamento de recursos minerais, bem como às operações sujeitas à incidência do IUM; e (ii) a exaustão incentivada, que consistia na permissão para que as empresas de mineração deduzissem como custo ou encargo, na apuração do lucro tributável, quota de exaustão equivalente a 20% da receita bruta auferida. Tais incentivos foram extintos para novas operações²⁵⁶.

- *Normas antielisivas específicas*, com o objetivo de evitar a transferência de lucros ao exterior, notadamente imposto de renda retido na fonte (IRRF) sobre remessas ao exterior (amplamente praticado no Brasil), inclusive de dividendos (que não se adota no Brasil desde a Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995), controle de preços de transferência e de subcapitalização (praticados no Brasil, como visto).

Entre 2002 e 2008, verificou-se, globalmente, relevante aumento dos preços das principais *commodities* minerais (conhecido por *boom* das *commodities*), decorrente sobretudo do aumento da demanda chinesa por insumos. Em razão desse fato, verificou-se a criação de instrumentos fiscais específicos, destinados a capturar a parcela da renda mineral considerada “excessiva” ou “extraordinária”²⁵⁷:

- *Resource rent-taxes*, cujo princípio é capturar a renda “excessiva” ou “extraordinária”, permitindo que os lucros esperados normalmente pelo minerador sejam tributados a alíquotas padrão, que progridem conforme aumenta a margem de lucro. A Libéria introduziu esse instrumento, que foi posteriormente testado na Austrália, por um curto período²⁵⁸. O Brasil possui exação similar, de natureza patrimonial, denominada “participação especial”, exclusiva para o setor de

²⁵⁶ Vide art. 59 da Lei nº 4.506/1964 e Parecer Normativo CST nº 44/1977.

²⁵⁷ HOGAN, Lindsay; GOLDSWORTHY, Brenton. *International Mineral Taxation*. In DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 129.

²⁵⁸ Cf. << <https://www.ato.gov.au/business/minerals-resource-rent-tax/> >>. Acesso em 05.07.2022.

petróleo (vide art. 50 da Lei nº 9.478/1997²⁵⁹), incidente a alíquotas de 10% a 40%, sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor, conforme regulamentado pelo Decreto nº 2.705/1998.

- *Windfall taxes*, que consiste em tributar, normalmente uma única vez, ganhos eventuais²⁶⁰, como no caso das loterias e jogos, ou ganhos considerados extraordinários, gerados por algum gatilho, como aumento expressivo de preços das *commodities*. Mongólia e Zâmbia criaram esse tributo no período de *boom*.

A partir desse cenário histórico, Hogan e Goldsworthy²⁶¹, baseando-se em estudos de Baunsgaard²⁶² e de Garnaut e Ross²⁶³, propõem interessante classificação de instrumentos fiscais específicos para a mineração.

O primeiro se denomina *Rent-Based Taxes*, tendo como divisões o *resource rent tax* e o *excess profit tax*. O *resource rent tax*, tal como descrito pelos autores, não possui nenhuma diferença em relação ao regime de IRPJ e de CSLL, pelo lucro real, no Brasil. Basicamente, trata-se de permitir que os prejuízos acumulados nos anos iniciais do projeto sejam compensados contra lucros futuros, à mesma alíquota, tal qual já ocorre em terras brasileiras, ainda que com a questionável trava de 30%, vide arts. 42 e 58, da Lei nº 8.981/1995. Aliás, pelo nosso regime jurídico, é possível que prejuízos de um determinado Direito Minerário (projeto em fase inicial ou pesquisa, por exemplo) sejam compensados com lucros obtidos por meio do aproveitamento de outro Direito Minerário – situação que é tratada pelos autores como específica desse regime tributário, citando o exemplo da Noruega em projetos de petróleo para ilustrar o caso. O *excess*

²⁵⁹ “Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. § 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.”

²⁶⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual da tributação direta da renda*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 14.

²⁶¹ HOGAN, Lindsay; GOLDSWORTHY, Brenton. *International Mineral Taxation*. In DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010, p. 131.

²⁶² BAUNSGAARD, Thomas. *A Primer on Mineral Taxation*. *IMF Working Paper*. Washington: Fundo Monetário Internacional, 2001.

²⁶³ GARNAUT, Ross; ROSS, Anthony Clunies. *Uncertainty, Risk Aversion and The Taxing of Natural Resources Projects*. *Economic Journal*, 1975, pp. 272-287.

profit tax consiste, por sua vez, em estabelecer um fator para o lucro (retorno sobre o capital investido) denominado de “*R-factor*”. Sempre que o lucro obtido pela mineradora superar esse fator, o excesso seria base de cálculo do *excess profit tax*.

O segundo grupo é chamado de *Profit-based taxes and royalties*. Sua primeira espécie é o *corporate income tax* (imposto de renda tradicional), ao qual se indica ser comum fixar alíquotas maiores para empresas de mineração, variando conforme a lucratividade obtida (progressivamente, tal qual feito por Botswana). A segunda espécie é o *profit-based royalty*, com a única diferença em relação ao imposto de renda sendo que a sua incidência se dá exclusivamente sobre os resultados positivos de um projeto (Direito Minerário) e não de todo o resultado da empresa de mineração. Sendo assim, os prejuízos de um projeto não poderiam ser compensados com os lucros de outro.

O terceiro grupo se chama *Output-based royalties*, que se caracteriza por *royalties* que incidem sobre receita. A primeira espécie é o *royalty ad valorem*, sendo a CFEM um perfeito exemplo dessa espécie. A segunda consiste no *graduated price-based windfall tax*, que basicamente consiste em fixar alíquotas progressivas para a exação, proporcionais a aumentos de preço/cotação. A terceira espécie é o *specific royalty*, que é a exação cobrada a uma alíquota específica sobre volume, exatamente como é feito com as TFRM cobradas pelos Estados brasileiros, tal qual demonstrado no tópico 2.4.4.3.

O último grupo foi intitulado de *State equity*. Trata-se da hipótese em que o Estado se torna formalmente sócio da empresa de mineração, sendo remunerado por dividendos proporcionais à sua participação societária (*paid equity*), ou corrigindo o valor de dividendos, que lhe seria proporcional, mediante a incidência de juros (*carried interest*). A primeira situação se assemelha às hipóteses de investimento da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (CODEMIG) no setor mineral²⁶⁴, sendo o investimento em nióbio o mais relevante, por meio da Companhia Mineradora do Pirocloro de Araxá (COMIPA), que é uma *joint venture* da empresa privada CBMM com a CODEMIG²⁶⁵.

²⁶⁴ Cf. << <http://www.codemig.com.br/atuacao/mineracao/> >>. Acesso em 05.07.2022.

²⁶⁵ “A CODEMIG recebe, através da SCP, 25% do resultado de toda a operação, incluindo a venda dos produtos que se originaram dos direitos minerários da CBMM e audita trimestralmente a SCP - sociedade em conta de participação, firmada com a CBMM.” Cf. << <https://www.comipa.com.br/about.html> >>. Acesso em 05.07.2022.

Por fim, os países titulares de recursos naturais não renováveis têm implementado acordos de estabilidade fiscal (*tax stability agreements*), com o propósito de atrair investimentos, como será visto no caso do Chile e do Peru. Conforme Philip Daniel e Emil Sunley²⁶⁶, as garantias de estabilidade fiscal são uma possível resposta ao que chamam de inconsistência temporal (ou inconsistência dinâmica) nas políticas governamentais. O problema ocorre quando um governo anuncia uma política antecipadamente (como um possível novo regime tributário), mas, posteriormente, recua na decisão de implementá-la. Há nisso um custo decorrente da percepção, pelo mercado, de que o governo descumpriu suas promessas e perdeu credibilidade. Quando ações “inconsistentes no tempo” são um problema, as empresas resistem em investir. As garantias de estabilidade fiscal então funcionam como regras jurídicas estáveis e seguras, utilizadas para superar esse problema.

Prosseguem afirmando que o receio dos mercados quanto a possíveis aumentos de impostos e *royalties* naturalmente prejudica o investimento, o que é particularmente nocivo nos setores de petróleo e mineração, por serem altamente intensivos em capital. Isso significa que o risco de não avançar com os investimentos em projetos já existentes, porém em fases iniciais (de pesquisa e desenvolvimento) tem efeitos especialmente prejudiciais, porque gera o abandono de projetos que poderiam se tornar rentáveis para os titulares dos recursos não renováveis.

Daí que o compromisso de não alterar as regras fiscais por certo período – normalmente o suficiente para que se recupere o investimento com margem razoável – possa aumentar o nível de investimento. Mas há muitas dificuldades na implementação dos acordos de estabilidade fiscal, uma vez que o regime pode levar a pressões de comunidades locais e entes federativos beneficiários de receitas transferidas pela sua revogação, por exemplo, em um cenário de relevante alta de preços. Caso a revogação ocorra antes do término dos prazos pactuados, haveria contencioso e perda de credibilidade geral do país como um local seguro para atrair novos investimentos.

Claro que o fator tributário é apenas um dos muitos componentes da decisão de investir. A metodologia adotada pelo *Frasier Institute* no seu *Annual Survey of Mining*

²⁶⁶ DANIEL, Philip; SUNLEY, Emil M. Contractual Assurances of Fiscal Stability. *Taxing Natural Resources: New Challenges, New Perspectives*. International Monetary Fund: 2008, p. 7. Disponível em: << <https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2008/taxnatural/pdf/dansun.pdf> >>. Acesso em 05.07.2022.

Companies, que mensura a atratividade dos países para receber investimentos em mineração, considera 15 fatores principais: (1) incerteza quanto à administração, interpretação ou aplicação das normas jurídicas existentes; (2) incerteza quanto às normas ambientais (estabilidade das regulamentações, consistência e pontualidade do processo regulatório e regulamentações não baseadas em ciência); (3) duplicação e inconsistências regulatórias (inclui federal/provincial, federal/estadual, sobreposição interdepartamental etc.); (4) processos justos, transparentes, não corruptos, oportunos, administrados de forma eficiente etc.; (5) regime tributário, incluindo carga e complexidade; (6) incerteza em relação a reivindicações de propriedades territoriais; (7) incerteza sobre quais áreas serão protegidas como parques ou sítios arqueológicos etc.; (8) infraestrutura; (9) acordos socioeconômicos e condições de desenvolvimento da comunidade local, como a exigência de fornecimento de infraestrutura social, vide escolas ou hospitais etc.; (10) barreiras comerciais (tarifárias e não tarifárias, restrições à repatriação de lucros, restrições cambiais etc.); (11) estabilidade política; (12) normas e acordos trabalhistas, bem como militância e interrupções no trabalho; (13) qualidade da base geológica e facilidade de acesso à informação etc.; (14) nível de segurança, que inclui segurança física devido à ameaça de ataques terroristas, criminosos, grupos guerrilheiros etc.; e (15) mão de obra qualificada²⁶⁷.

Vê-se que a questão tributária é apenas uma das quinze eleitas, mas que possui peso relevante, na medida em que afeta tanto o retorno sobre o investimento quanto a certeza sobre a possibilidade de retorno, em um cenário de insegurança jurídica. Nesse sentido, ela se conecta com todas as demais questões jurídicas e regulatórias adotadas na pesquisa, que representam um terço dos itens avaliados.

O índice do *Frasier Institute* considera países e regiões (Estados, Províncias etc.), conforme sejam responsáveis por regular local ou nacionalmente a mineração. Em sua edição sobre o ano de 2021, a vencedora foi Western Australia – que será estudada adiante, por se tratar do maior Estado com recursos minerais da Austrália. O Brasil foi ranqueado apenas na 51ª posição. Dos países e regiões que serão analisados a seguir, Queensland, na Austrália, aparece na 9ª posição, Chile na 31ª, Peru na 42ª, Botswana na 66ª e África do Sul na 75ª.

²⁶⁷ YUNIS, Jairo; ALIAKBARI, Elmira. *Annual Survey of Mining Companies, 2021*. Frasier Institute, 2022. Disponível em << <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/annual-survey-of-mining-companies-2021.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

2.2. CHILE

A organização político-administrativa do Chile consiste em um Estado unitário, dividido em quinze regiões, conforme o art. 3º da Constituição de 1980: “Artículo 3º. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley.”. No dia 04.07.2022, houve a aprovação de um novo texto constitucional, que reafirma o seu caráter unitário: “Artículo 3 – Chile, en su diversidad geográfica, histórica y cultural, forma um território único e indivisible.” O art. 5º da nova Constituição aborda a incorporação da representação política a níveis comunal, regional e nacional, denotando a permanência da estrutura de divisão do poder conhecida e praticada nas últimas décadas.

A mineração é responsável por 10% do PIB chileno, sendo a principal atividade econômica em cinco das quinze regiões e, desde 1940, lidera a pauta de exportações do país. O principal mineral é o cobre, sendo o maior produtor mundial da *commodity*, com 30% do total global. Também é o maior produtor mundial de lítio. Quase 50% de todo investimento estrangeiro no Chile é destinado a projetos de mineração²⁶⁸.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) chileno é considerado “muito elevado” pela ONU, atingindo a pontuação de 0,851. Trata-se do 43º maior IDH do mundo e do melhor desempenho entre os países da América Latina (o Brasil ocupa apenas a 84ª posição, com um IDH de 0,765, atrás da Colômbia, Peru, México, Uruguai e Argentina).

Como visto em tópicos anteriores, para o African Development Bank²⁶⁹, “o Chile tem sido bem sucedido em evitar a maldição dos recursos naturais”. Atribui-se isso “às fortes instituições do país”, cuja construção decorreu de um processo longo e ainda em evolução, onde a economia política teria um papel importante. Ormonde²⁷⁰, no mesmo sentido, afirma que o país tem tido sucesso em diversificar a economia para além do cobre e conseguiu evitar a maldição

²⁶⁸ OLIVARES, Marcelo. Chile. In *The Mining Law Review, 6th Edition*. London: The Law Reviews, 2017, p. 50.

²⁶⁹ KHAMA, Sheila. *Chile's Fiscal Policy Implementation and Mining Revenue: a case study*. African Natural Resources Center/African Development Bank, 2016, p. 7.

²⁷⁰ ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011, p. 50.

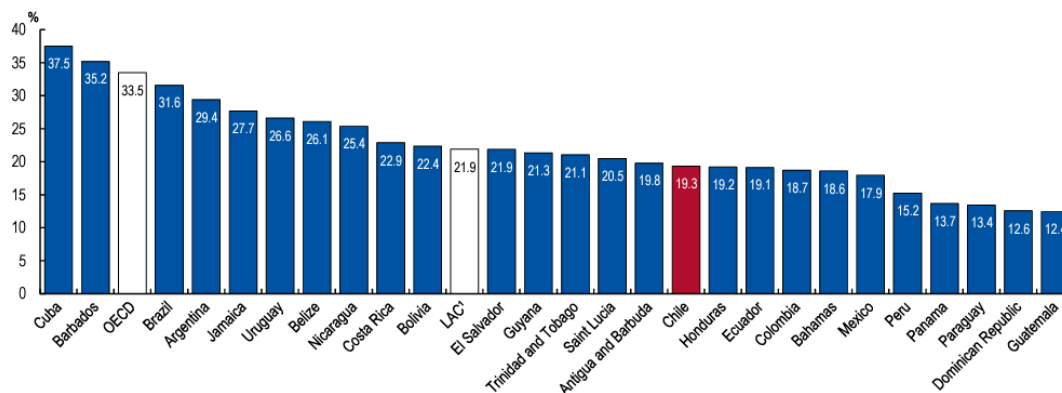
dos recursos naturais. Atualmente, exporta vinho, frutas e produtos de papel e foi um dos países mais bem sucedidos na redução das taxas de pobreza.

O forte crescimento e desenvolvimento experimentado pelo Chile na década de 1990 foi notado pelo Banco Mundial que, em estudo sobre a maldição dos recursos naturais, afirmou a relevância do setor mineral para esse desempenho: “Durante a década de 1990, a economia chilena cresceu notáveis 8,5% ao ano. A indústria de mineração tem sido fundamental para esse crescimento”²⁷¹.

Há uma política econômica no Chile que vai muito além da mineração, assim como há aspectos de Direito Financeiro destacados em capítulos anteriores, notadamente a utilização de fundos anticíclicos, que permitem bem gerir as receitas públicas obtidas com a captura das rendas minerais. Esses aspectos não são objeto deste estudo, ainda que sejam importantes para a compreensão do desenvolvimento nacional, razão pela qual cumpre verificar a carga tributária e estruturas jurídicas de incidência fiscal sobre a mineração naquele país.

A carga tributária chilena geral, segundo a OCDE, representa apenas 19,3% do PIB, muito abaixo da média da OCDE (33,5%) e da média dos países latinoamericanos (21,9%):

Gráfico 5 – Carga tributária chilena comparada com países da América Latina

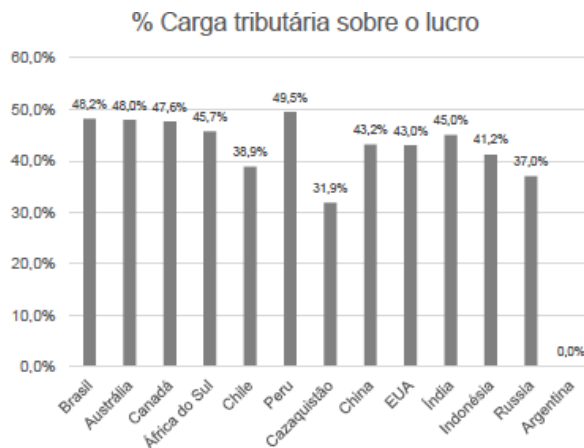


Fonte: OCDE (2022)

²⁷¹ LEDERMAN Daniel, MALONEY, William F (Edit.). *Natural resources: neither curse nor destiny*. A copublication of Stanford Economics and Finance and the World Bank, 2007.

Por outro lado, se considerar-se exclusivamente a mineração de cobre, a carga tributária chilena chega a 38,9% sobre o lucro das empresas mineradoras, conforme pesquisa conduzida pela EY²⁷² a pedido do IBRAM:

Gráfico 6 – Carga tributária chilena sobre a mineração comparada com países mineradores



Fonte: EY (2019)

A carga tributária chilena sobre a mineração não é baixa – ainda que seja inferior à brasileira, sob todos os pontos de vista –, em virtude justamente dos instrumentos fiscais específicos que oneram a mineração naquele país.

Conforme Olivares²⁷³, a tributação da renda das mineradoras foi alterada pela Lei nº 20.780/2014, por meio da qual a empresa deve escolher entre o “regime de rendimento atribuído”, com alíquota de 25%, e o “regime de rendimento parcialmente integrado”, com alíquotas de 27%. No primeiro caso, os dividendos distribuídos são tributados a uma alíquota de 35%²⁷⁴, em regime de competência, e representam 100% de crédito para a empresa, no outro, são tributados pelo regime de caixa e há crédito de 65% do valor (créditos contra imposto de renda a pagar).

²⁷² EY. *Estudo comparativo da carga e prática tributária internacional do setor mineral*. IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração: novembro, 2019.

²⁷³ OLIVARES, Marcelo. Chile. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. London: The Law Reviews, 2017, p. 58.

²⁷⁴ EYZAGUIRRE, Nicolás. Chile. In *Mining Law 2020*. London: ICLG, 2020, p. 60.

Os *royalties* minerais, por sua vez, são da espécie *profit-based royalty*, isto é, incidem sobre o lucro operacional líquido, variando de 0,5% a 4,5%, se as vendas anuais forem superiores a 12.000 toneladas, mas inferiores ao equivalente a 50.000 toneladas de cobre refinado. Caso as vendas anuais excederem o equivalente a 50.000 toneladas de cobre refinado, as alíquotas variam entre 5% e 14%. Se a margem de lucro for inferior a 35%, a alíquota será de 5%. As alíquotas progridem até 14%, sendo a máxima aplicável quando a margem de lucros for superior a 85%.

Por outro lado, as mineradoras com produção anual inferior a 12.000 toneladas de cobre refinado são isentas do *royalty*. No cenário mais gravoso, tem-se a possibilidade de uma combinação de imposto de renda e *royalties* de 41% sobre o lucro operacional líquido no Chile, o que justifica a carga tributária média identificada pela EY, de 38,9%. No cenário mais benéfico, há apenas imposto de renda, a uma alíquota de 25% ou 27%.

Em 2014, revogou-se o Decreto-lei nº 600/1974 (DL 600), que consistia no marco jurídico do investimento estrangeiro no país, e, com ele, o “regime da invariabilidade tributária” – um *tax stability agreement* – que consistia no congelamento da alíquota do imposto de renda e do *royalty* mineral, por meio de um acordo de investimento com o Estado do Chile. A partir de 2016, passou a vigorar um novo marco regulatório para o investimento estrangeiro, regulamentado pela Lei nº 20.848, motivado pela percepção de que a estabilidade econômica, social e institucional chilena tornam desnecessários incentivos ao investimento estrangeiro. A nova lei do investimento contempla um período de transição durante os quatro anos subsequentes, mantendo a invariabilidade tributária para a mineração por mais quinze anos²⁷⁵.

Ou seja, por quase quatro décadas, o investimento estrangeiro foi promovido e protegido sob o regime criado pelo DL 600, que estabeleceu um regime de estabilidade tributária de 15 anos para os *royalties* minerais e de 20 anos para o imposto sobre a renda, fixando, nesse caso, uma alíquota de 42%, ao passo que a alíquota geral era de 35% naquele momento. O investidor estrangeiro precisava firmar um acordo com o governo chileno, por meio do Comitê de

²⁷⁵ O regime da Lei nº 20.848 estabelece que os investidores estrangeiros que assinaram acordos nos termos do DL 600 podem solicitar uma autorização de investimento por um período de quatro anos (período de transição) para preservar todos os direitos e obrigações decorrentes, desde que assinados antes de 1º de janeiro de 2016. Ao abrigo da referida autorização, os investidores gozam dos seguintes direitos e têm as seguintes obrigações durante o período de transição: (i) alíquota de imposto de renda fixa por 10 anos, limitada a uma alíquota total de 44,45%; (ii) *royalties* estabilizados por 15 anos, desde que relativos a projetos de mineração de valor igual ou superior a US\$ 50.000.

Investimento Estrangeiro, tendo 8 anos a partir da sua assinatura para iniciar os investimentos no país.

Em relação às regras de controle de preços de transferência, o Chile segue integralmente o padrão OCDE (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* ou TPG). Devem ser escolhidos os métodos mais apropriados para se alcançar o preço *arm's length* em cada transação, sendo adotado o padrão para *commodities* previsto nos parágrafos 2.18 a 2.22 do TPG, pelo qual é recomendado o equivalente ao método PVEx no Brasil. A adoção do padrão OCDE inclui a possibilidade de celebração dos acordos de precificação antecipada (*Advance Pricing Agreements* ou APAs), unilaterais ou multilaterais, que serão válidos por quatro anos e são sujeitos à renovação ou prorrogação. Há, ainda, regras de controle de subcapitalização, que se aplicam a empréstimos com partes relacionadas a uma relação dívida/capital próprio de 3:1.

O Chile cobra IVA sobre as vendas domésticas a 19%, desonerando as exportações. Os exportadores têm direito ao ressarcimento dos créditos acumulados, em dinheiro, em um prazo de até seis meses. Caso a mineradora ainda não esteja em fase operacional, o ressarcimento ocorre em até um mês²⁷⁶.

2.3. PERU

Semelhante ao Chile, a organização político-administrativa do Peru consiste em um Estado unitário, com a divisão do poder em vinte e cinco regiões.

Conforme dados do Banco Mundial, o país é o segundo maior produtor mundial de cobre (depois do Chile), prata e zinco, e o maior produtor de ouro, chumbo e estanho da América Latina. A mineração representa aproximadamente 10% do PIB, sendo que o cobre constitui 50% do PIB mineral do país. As exportações minerais configuram 60% do total nacional²⁷⁷.

²⁷⁶ OLIVARES, Marcelo. Chile. In *The Mining Law Review, 6th Edition*. London: The Law Reviews, 2017, p. 58.

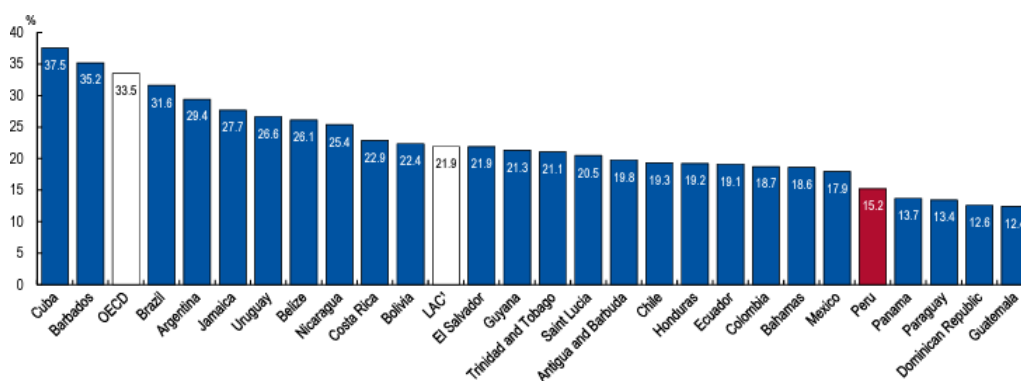
²⁷⁷ BANCO MUNDIAL. *Diagnóstico del Sector Minero Perú*. Banco Mundial, 2020, p. 35. Disponível em << <https://www.bancomundial.org/es/country/peru/publication/diagnostico-del-sector-minero-peru> >>. Acesso em 05.07.2022.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) peruano é considerado “elevado” pela ONU, atingindo a pontuação de 0,777. Trata-se do 79º maior IDH do mundo, à frente do Brasil.

O crescimento da economia peruana aumentou a renda *per capita* e reduziu os percentuais de pobreza de 48,5% em 2014 para 20,5% em 2018, enquanto a pobreza extrema diminuiu de 17,4% para 2,8% no mesmo período. O risco-país do Peru é o mais baixo da América Latina, com 125 pontos base, o que lhe permitiu manter o grau de investimento, garantindo boas condições de acesso ao mercado financeiro internacional. A estabilidade fiscal e externa alimentada pela renda gerada pela mineração é a base da estabilidade de preços, taxas de câmbio e taxas de juros que, por sua vez, impulsionam a poupança e o investimento. A mineração é o principal setor que atrai investimento estrangeiro no país. No entanto, a dependência peruana de seus minerais torna sua economia vulnerável à volatilidade global dos preços, sendo a diversificação econômica o seu principal desafio²⁷⁸.

A carga tributária peruana geral, segundo a OCDE, representa apenas 15,2% do PIB, muito abaixo da média da OCDE (33,5%) e da média dos países latinoamericanos (21,9%):

Gráfico 7 – Carga tributária peruana comparada com países da América Latina

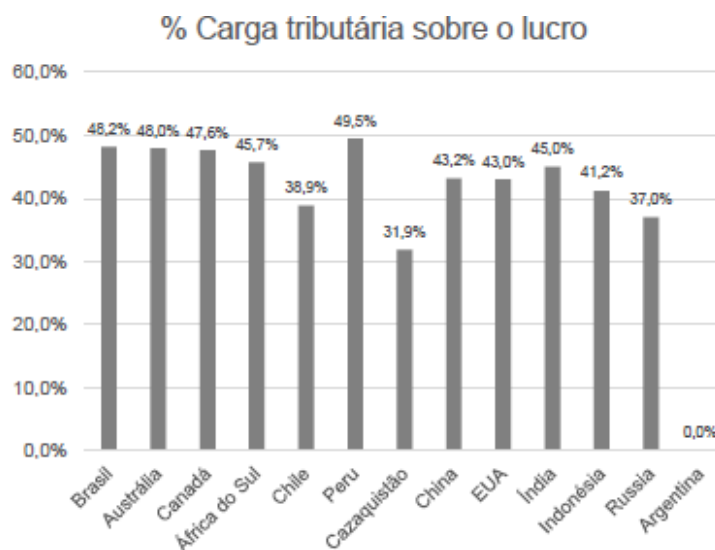


Fonte: OCDE (2022)

²⁷⁸ BANCO MUNDIAL. *Diagnóstico del Sector Minero Perú*. Banco Mundial, 2020, p. 32. Disponível em << <https://www.bancomundial.org/es/country/peru/publication/diagnostico-del-sector-minero-peru> >>. Acesso em 05.07.2022.

Por outro lado, se considerar-se exclusivamente a mineração de minerais metálicos, a carga tributária peruana chega a 49,5% sobre o lucro das empresas mineradoras, conforme pesquisa conduzida pela EY²⁷⁹ a pedido do IBRAM:

Gráfico 8 – Carga tributária peruana sobre a mineração comparada com países mineradores



Fonte: EY (2019)

A carga tributária peruana sobre a mineração é a mais alta dos países pesquisados pela EY e, tal qual visto em relação ao Chile, a justificativa para a diferença entre a baixa carga tributária geral e a alta carga fiscal sobre a mineração está nos instrumentos fiscais específicos que oneram o setor mineral naquele país.

O imposto de renda peruano incide sobre o lucro líquido a uma alíquota de 29,5%, sendo que os dividendos, inclusive quando remetidos ao exterior, são tributados a 5%. Assim

²⁷⁹ EY. *Estudo comparativo da carga e prática tributária internacional do setor mineral*. IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração: novembro, 2019.

como ocorre no Chile, há benefício fiscal de depreciação acelerada de máquinas e equipamentos adquiridos para emprego na mineração, a uma taxa de 20% ao ano²⁸⁰.

Por outro lado, há três instrumentos específicos sobre a mineração, com naturezas de *royalties*: (i) a *Regalía Minera*, (ii) o *Impuesto Especial a la Minería* e (iii) o *Gravamen Especial a la Minería*.

Existem dois tipos de *Regalías Mineras* no Peru, os *royalties* criados pela Lei nº 28.258 e os chamados *novos royalties da mineração*, regulamentados pela Lei nº 29.788. Ambos os *royalties* coexistem no ordenamento jurídico peruano, em virtude dos acordos de estabilidade fiscal, de forma similar ao instituto criado no Chile.

Os acordos de estabilidade são celebrados com as empresas mineradoras em duas modalidades: (i) acordos de estabilidade firmados com a agência de promoção de investimentos (*Proinversión*), com validade de 10 anos, pelo qual se fixa a alíquota do imposto de renda ao nível em vigor no momento da assinatura e oferece outros benefícios não fiscais. Requer um mínimo investimento de US\$ 10 milhões por dois anos após a assinatura do contrato; (ii) e os acordos celebrados sob o regime da Lei Geral de Mineração. Nesse caso, os titulares de concessões minerais podem ter direito a benefícios de estabilidade por 10, 12 ou 15 anos, dependendo do tamanho do investimento e da capacidade de produção. Os acordos fixam as alíquotas e os métodos de cálculo dos *royalties* em vigor na data de assinatura do contrato e, em contrapartida, elevam a alíquota do imposto de renda em 2%²⁸¹.

O *royalty* criado pela Lei nº 28.258 incide sobre a *receita bruta* das vendas, deduzindo-se desse valor as despesas com frete, seguro, armazenagem, carregamento e estiva nos portos. As alíquotas são progressivas, conforme a receita bruta anual auferida pela mineradora: 1% para mineradoras com receita bruta de até US\$ 60 milhões por ano; 2%, de US\$ 60 a 120 milhões por ano; e 3% para os casos que superarem esse patamar. Pequenos produtores e garimpeiros são isentos.

²⁸⁰ TIRADO, César R. Salazar. La Política Fiscal de la Minería en el Perú. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

²⁸¹ SHATAN, Roberto; CAMERO, Eduardo; GUJARDO, Juan Carlos; MYLONAS, Victor; VILLALOBOS, Ricardo. Peru: Proposals for the 2022 Tax Reform: Mining Sector Fiscal Regime, Capital Gains, and IGV on Digital Services. *Technical Assistance Report*. International Monetary Fund: 2021, p. 21. Disponível em: <<<https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/CR/2022/English/1PEREA2022002.ashx>>>. Acesso em 12.07.2022.

Ou seja, trata-se de um *royalty* parecido com a CFEM, que mescla aspectos de um típico *royalty ad valorem* com um *graduated price-based windfall tax*, uma vez que as alíquotas são progressivas conforme a receita bruta anual da mineradora. Salazar Tirado²⁸² observa que a motivação política para a alteração desse formato de *royalty* no Peru foi a percepção de que se tratava de um modelo obsoleto, que deveria ser modernizado para um *profit-based royalty*, a exemplo do Chile e da Colômbia: “Deve-se notar que com este regime estávamos em desvantagem em relação a sistemas como o chileno ou colombiano, que na época já possuíam um *royalty* de mineração mais equitativo considerando a margem operacional das mineradoras.” (tradução livre).

Os *novos royalties da mineração*, por sua vez, regulamentados pela Lei nº 29.788, são calculados sobre o lucro operacional trimestral. O valor a ser pago será o maior valor que resultar da comparação entre (i) alíquotas progressivas de 1% a 12% sobre o lucro operacional trimestral, que variam conforme a margem do lucro operacional do trimestre; (ii) e 1% da receita bruta realizada no mesmo trimestre.

O *Impuesto Especial a la Minería* incide, cumulativamente com os *royalties* referidos anteriormente, sobre o lucro operacional trimestral da mineradora, mediante alíquotas progressivas de 2% a 8,4%²⁸³.

O *Gravamen Especial a la Minería*, com alíquotas progressivas de 4% a 13,12%, incide igualmente sobre o sobre o lucro operacional trimestral da mineradora. Contudo, são dedutíveis os valores efetivamente pagos a título de *royalties* conforme a Lei nº 29.258 ou Lei nº 28.258. Caso o *royalty* exceda o valor a pagar pelo *Gravamen Especial a la Minería*, o saldo excedente será transportado para os trimestres seguintes até esgotar-se. Todos os *royalties* acima referidos são dedutíveis na apuração do imposto de renda regular²⁸⁴.

²⁸² “Cabe precisar que con este régimen estábamos en desventaja frente a ordenamientos como el chileno o el colombiano, que en dicha época ya contaban con una regalía minera más equitativa considerando el margen operativo de las empresas mineras.” TIRADO, César R. Salazar. La Política Fiscal de la Minería en el Perú. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 239.

²⁸³ ELIAS, Luis Miguel. Peru. In *Mining Law 2020*. Londres: ICLG, 2020, p. 131.

²⁸⁴ TIRADO, César R. Salazar. La Política Fiscal de la Minería en el Perú. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 241.

Em relação às regras de controle de preços de transferência, o Peru possui metodologia própria, distinta do padrão OCDE, em relação a *commodities*, sendo esse método de uso obrigatório, tal qual ocorre no Brasil com o PECEX. De acordo com o artigo 32-A, da Lei do Imposto de Renda, em caso de exportação ou importação de *commodities* com preços públicos cotados em mercados internacionais, o preço parâmetro será determinado com base nesse valor de cotação. Quanto ao controle de subcapitalização, há novas regras em vigor desde 1º de janeiro de 2021, que limitam a dedução de "juros líquidos" a 30% do EBITDA (lucro líquido após compensação de prejuízos mais juros líquidos, depreciação e amortização) do ano anterior. "Juros líquidos" correspondem à diferença entre despesas de juros e receitas de juros em um ano fiscal.

Há IVA de 18% nas vendas domésticas, sendo as exportações desoneradas. Os exportadores devem ser ressarcidos dos créditos acumulados. Destaca-se, como estímulo ao investimento, o “Regime Especial de Recuperação Antecipada do Imposto Geral sobre Vendas”, que consiste na devolução do IVA para projetos em fase pré-operacional por período igual ou superior a dois anos.

2.4. ÁFRICA DO SUL

A organização político-administrativa da África do Sul consiste em uma República Federativa. O art. 40 da Constituição sul africana expressa que “Na República, o governo é constituído por esferas de governo nacionais, provinciais e locais que são distintas, interdependentes e inter-relacionadas.” O art. 103 estabelece as nove Províncias do país e o art. 151 inclui os Municípios no pacto federativo, garantindo-lhes direito de governo por própria iniciativa, ainda que sujeitos às normas provinciais e nacionais, nos termos da Constituição.

Em termos de federalismo fiscal, chama a atenção que os arts. 119 e 120 da Constituição outorguem competência às Províncias para a criação de tributos provinciais e encargos fiscais (*provincial taxes, levies, duties or surcharges*). O art. 160 indica a competência do Conselho Municipal para a criação de tributos locais.

Joachim Wehner observa que “a mudança constitucional na África do Sul nos anos 1990 trouxe consigo substancial descentralização da responsabilidade orçamentária para os

recém-criados governos provinciais”. Segue demonstrando que, no processo de elaboração da Constituição, a minoria branca do *National Party* se alinhou ao partido nacionalista Zulu *Inkatha Freedom* e com o partido liberal democrata para que fosse implementada uma forma robusta de federalismo. O resultado foi uma Constituição que conclama o país à unidade, ao mesmo tempo em que determina a descentralização do governo em seus três níveis: nacional, provincial e municipal²⁸⁵.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da África do Sul é considerado “elevado” pela ONU, atingindo a pontuação de 0,709. Trata-se do 114º IDH do mundo, atrás do Brasil, Peru, Chile e de Botswana (100ª posição no *ranking*).

Assim como ocorre no Brasil, a regulação mineral na África do Sul se dá em nível nacional, a partir das normas editadas pelo ente central. Destacam-se, nesse ponto, o *Mineral and Petroleum Resources Development Act*, de 2002 e o *Mineral and Petroleum Resources Royalty Act*, de 2008.

A mineração sul africana remonta aos anos 1800, havendo normas regulatórias sobre a atividade já em 1813 (*Sir John Craddock Proclamation on Conversion Loan*), quando a mineração de ouro começou ser exercida de forma intensiva. Smit²⁸⁶ afirma que a mineração tem sido a maior força econômica do país há mais de um século, devido à sua extraordinária riqueza mineral, boa infraestrutura, setor financeiro desenvolvido e, mais recentemente, estabilidade política e segurança jurídica.

O Departamento de Recursos Minerais da África do Sul aponta que a República possui reservas de minério no valor de mais de US\$ 2,5 trilhões. Tem as maiores reservas conhecidas no mundo de metais do grupo da platina (PGMs; 88%), manganês (80%), cromita (72%) e ouro (13%). Está entre os três maiores *players* globais de PGMs (59%), vanádio (25%), ferrocromo (39%), alumino-silicatos (60%), vermiculita (35%), zircônio (32%), minerais de titânio (19%), manganês (17%), antimônio (2%), ouro (8%), carvão (4%) e minério de ferro (4%). PGMs, ouro, minério de ferro e carvão respondem, sozinhos, por 82% das vendas e 38% das exportações do país. Em 1994, as minas de ouro representavam 392.227 empregos. Em 2014,

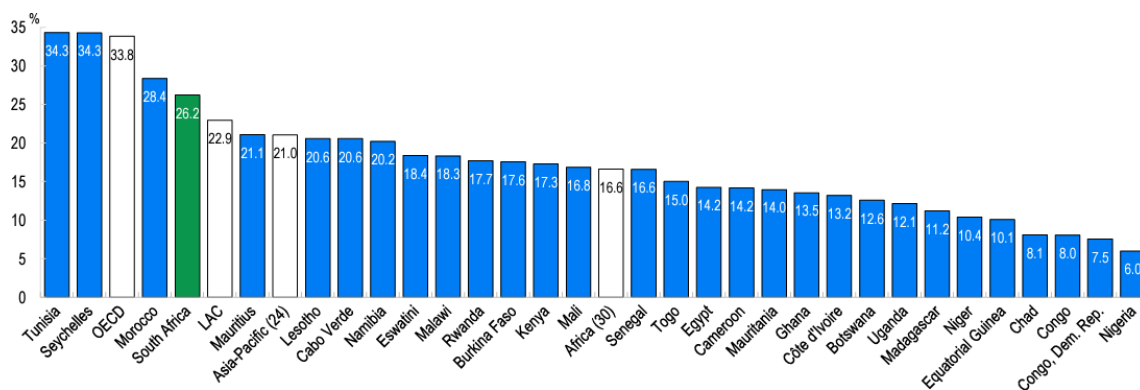
²⁸⁵ WEHNER, Joachim. Fiscal Federalism in South Africa. *Publius*, vol. 30, no. 3. Londres: Oxford, 2000, p. 47.

²⁸⁶ SMIT, Pieter Willem. South Africa. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. Londres: The Law Reviews, 2017, p. 189.

esse número caiu para 119.075, uma perda de 273.152 empregos em apenas vinte anos. A principal explicação para o declínio da mineração de ouro na África do Sul é o aumento do custo de produção para minas de grande profundidade. Apesar disso, como visto, o setor é pujante em termos globais²⁸⁷. As maiores mineradoras do país são estrangeiras, notadamente Anglo American, AngloGold Ashanti e BHP Billiton²⁸⁸.

A carga tributária geral na África do Sul, segundo a OCDE, representa 26,2% do PIB, abaixo da média da OCDE (33,8%) e acima da média dos países africanos (16,6%), asiáticos (21%) e latinoamericanos (22,9%):

Gráfico 9 – Carga tributária sul africana comparada com países da África



Fonte: OCDE (2022)

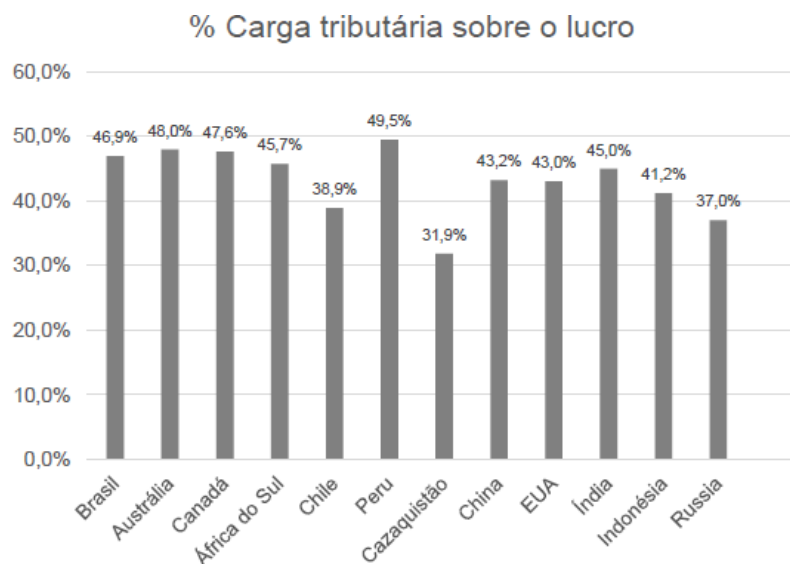
Considerando-se exclusivamente a mineração de ouro e de minério de ferro, a carga tributária sul africana chega a 45,7% sobre o lucro das empresas mineradoras, conforme pesquisa conduzida pela EY²⁸⁹ a pedido do IBRAM:

²⁸⁷ Cf. << <https://www.wits.ac.za/wmi/about-us/the-south-african-mining-sector/> >>. Acesso em 05.07.2022.

²⁸⁸ SMIT, Pieter Willem. South Africa. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. Londres: The Law Reviews, 2017, p. 190.

²⁸⁹ EY. *Estudo comparativo da carga e prática tributária internacional do setor mineral*. IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração: novembro, 2019.

Gráfico 10 – Carga tributária sul africana sobre a mineração comparada com países mineradores



Fonte: EY (2019)

Assim como demonstrado para Chile e Peru, isso se deve ao fato de haver instrumentos fiscais específicos sobre a mineração na África do Sul, que fazem com que a carga tributária do setor seja superior à sua carga geral. Vale pontuar que a carga para esse país é inferior à brasileira. Além do imposto de renda, com especificidades para a mineração, o país conta com *royalties* minerais.

As mineradoras sul africanas se sujeitam ao imposto de renda regularmente cobrado no país, a uma alíquota de 28% sobre o lucro líquido e IRRF de 20% sobre dividendos, inclusive remetidos ao exterior²⁹⁰. Contudo, há uma exceção para as mineradoras de ouro, que são tributadas com base na seguinte fórmula: $Y = 34 - (170/X)$, onde Y é a alíquota do imposto de renda, e X é a razão entre o lucro da mineradora e a receita bruta obtida com a venda de ouro. De acordo com essa metodologia, a alíquota aumentará conforme aumenta a margem de lucro, havendo, com isso, um incentivo de redução do imposto de renda para o aproveitamento de minas

²⁹⁰ MATLOU, Modisaotsile. South Africa. In *The Mining Law Review*, 4th Edition. Londres: The Law Reviews, 2015, p. 246.

de baixa lucratividade. Essa foi a motivação para a introdução dessa regra específica, considerando o objetivo do governo de estimular, por questões econômicas e ambientais, o aproveitamento de minas de ouro de baixo desempenho ou que poderiam ser abandonadas, após a extração do corpo mineral de melhor teor e de mais fácil acesso²⁹¹.

Supondo, ilustrativamente, uma margem de lucro de 8% ($X = 8$) – considerada baixa para a mineração –, a alíquota do imposto de renda (Y) seria de apenas 12,75%. Por outro lado, caso o lucro fosse de 35% ($X = 35$), a alíquota do imposto (Y) subiria para 29,15%.

Os *royalties* minerais, por sua vez, são do tipo *royalty ad valorem*, com elementos de um *profit-based royalty*. O *Mineral and Petroleum Resources Royalty Act*, de 2008, estabelece fórmulas distintas para a obtenção das alíquotas para minerais refinados e para não refinados. Em todo caso, a base de cálculo é a receita bruta de vendas:

- *Minerais refinados (opção à escolha da empresa)*

$$\text{Alíquota \%} = 0,5 + (\text{EBIT/Receita bruta} * 12,5) * 100$$

Ou

$$\text{Alíquota \%} = 0,5 + (X/12,5)$$

- *Minerais não refinados (opção à escolha da empresa)*

$$\text{Alíquota \%} = 0,5 + (\text{EBIT/Receita bruta} * 9) * 100$$

Ou

$$\text{Alíquota \%} = 0,5 + (X/9)$$

a) EBIT = Lucro, antes de juros e tributos;

b) $X = \text{Margem de lucro (EBIT/Receita bruta)} * 100$

A alíquota mínima do *royalty* é de 0,5% e a máxima é de 5% para minerais refinados e de 7% para não refinados, em claro objetivo de incentivar a industrialização no país. O fato

²⁹¹ ÁFRICA DO SUL. NATIONAL TREASURY. *Mining taxation – the South African context: Economic Tax Analysis*, 2013, p. 13.

gerador, por sua vez, ocorre na “transferência da mina”, amplamente entendida como eventos de aproveitamento econômico, vide vendas ou consumo industrial²⁹².

Os *royalties* são dedutíveis na apuração do imposto de renda.

As regras de controle de preços de transferência se baseiam na metodologia da OCDE, sendo que não há métodos específicos para transações envolvendo *commodities*. Nesses casos, adota-se o método mais apropriado, normalmente o equivalente ao PVEx no Brasil. Não há regras específicas de controle de subcapitalização, mas aplica-se, no escopo das regras de preços de transferência sobre os juros pagos a partes vinculadas, uma limitação de dedutibilidade correspondente a 20% do capital social da empresa investida.

Há VAT de 15% sobre vendas domésticas, sendo as exportações desoneradas. Os exportadores fazem jus ao ressarcimento dos créditos acumulados em período inferior a três meses²⁹³.

2.5. BOTSWANA

A organização político-administrativa de Botswana consiste em uma República unitária, com um sistema de governo de dois níveis: central e local. No entanto, não há qualquer disposição constitucional que regule a forma de governo local, que existe apenas em razão e nos termos da legislação infraconstitucional. As fontes locais de receita incluem taxas de serviços públicos e um sistema de transferências intergovernamentais. Os entes locais são obrigados a preparar seus próprios orçamentos, que ficam sujeitos à aprovação do ente central²⁹⁴.

O setor mineral representa 35% do PIB de Botswana, sendo que o aproveitamento econômico de diamantes configura 94% da participação da mineração no PIB. Trata-se do maior produtor de diamantes do mundo, responsável por aproximadamente 40% da oferta mundial da

²⁹² AKINSEYE, P.O.; CAWOOD, F.T. The South African mining royalty regime: Considerations for modifying the system to balance its competing objectives. In *Journal of the Southern African Institute of Mining and Metallurgy*. Johannesburg: 2021.

²⁹³ RALBOVSKY, Stephen F. Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes A summary of rates and rules in selected countries. PwC, 2012. Disponível em << <https://www.pwc.com/gx/en/energy-utilities-mining/publications/pdf/pwc-gx-miining-taxes-and-royalties.pdf> >>. Acesso em 05.07.2022

²⁹⁴ SIDDLE, Andrew. Botswana. *Swedish International Centre for Local Democracy - ICLD*: 2013. Disponível em << <https://icld.se/app/uploads/2020/02/Botswana-.pdf> >>. Acesso em 11.07.2022.

substância. O complexo de Orapa, inaugurado em maio de 2000, é a maior mina de diamantes do planeta. Há, ainda, outros minerais sendo extraídos, notadamente cobre e níquel²⁹⁵.

Botswana não possui costa marítima e conta com apenas 2,3 milhões de habitantes. Após a independência da Coroa Britânica em 1966, a situação nacional era de pobreza extrema. A despeito disso, a exploração de diamantes, que passou a ocorrer em 1971, tem transformado o país, gerando desenvolvimento econômico e social²⁹⁶.

Em 1972 e 1973, o governo de Botswana estabeleceu, respectivamente, o Fundo de Estabilização de Receitas e o Fundo do Serviço da Dívida Pública para absorver o excesso temporário de renda mineral. A criação do Fundo Pula, em 1994, continua a política intergeracional de poupança das rendas minerais, que vêm sendo utilizadas para diversificar a economia e realizar investimentos sociais. O país tem sido eficiente no lado da despesa pública, investindo em infraestrutura, saúde e educação. Exatamente por esses motivos, “é de fato uma história de sucesso. Botswana tem a mais forte taxa de crescimento do PIB per capita entre os países em comparação e tem sido capaz de não apenas mitigar a maldição dos recursos naturais, mas também de prosperar”, observa Pamela Ormonde²⁹⁷. A expectativa de vida subiu de 51 anos, em 2000, para 70 anos, em 2020²⁹⁸.

Até os anos 2000, o país cresceu em média 9% ao ano. A partir disso, manteve uma taxa de crescimento média de 5% ao ano. O IDH passou de 0,453 (“baixo” desenvolvimento humano), em 1980, para 0,735 em 2019, considerado “elevado”, pela ONU. Os desafios atuais consistem na diversificação econômica, redução das desigualdades e da pobreza, bem como desenvolvimento humano e social.

A carga tributária geral em Botswana, segundo a OCDE, representa apenas 12,6% do PIB, muito abaixo da média da OCDE (33,8%) e da média dos países africanos (16,6%), asiáticos (21%) e latinoamericanos (22,9%):

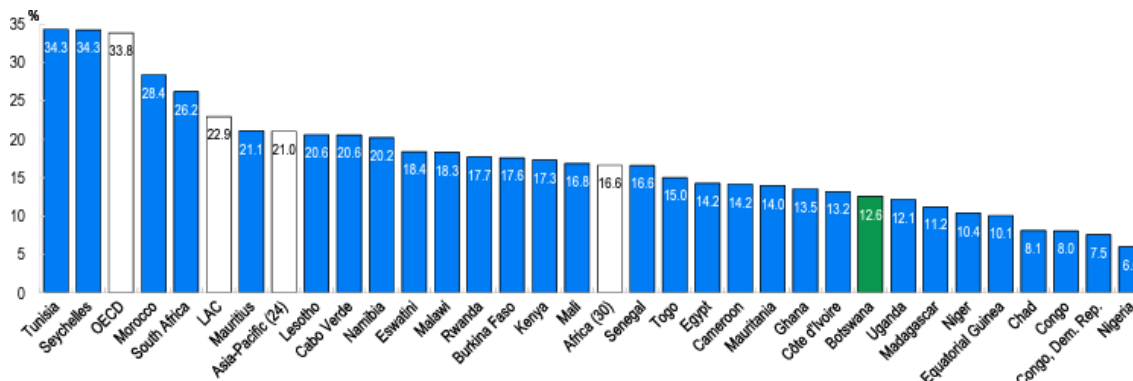
²⁹⁵ Cf. << <https://www.oecd.org/dev/asia-pacific/1823686.pdf> >>. Acesso em 11.07.2022.

²⁹⁶ ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011, p. 18.

²⁹⁷ ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011, p. 22-23.

²⁹⁸ Cf. << <https://data.worldbank.org/country/BW> >>. Acesso em 11.07.2022.

Gráfico 11 – Carga tributária de Botswana comparada com países da África



Fonte: OCDE (2022)

O imposto de renda é regularmente cobrado no país a uma alíquota de 22% sobre o lucro líquido, sendo que as indústrias podem obter regime especial, concedido pelo Ministério das Finanças, para reduzir a alíquota para 15%.

Há, por outro lado, instrumentos fiscais específicos para mineração, que tornam esse setor o maior contribuinte nacional. As mineradoras se sujeitam ao imposto de renda mediante a seguinte fórmula: $Y = 70 - (1500/X)$, onde Y é a alíquota do imposto de renda, e X é a razão entre o lucro da mineradora e a receita bruta obtida, sendo que a alíquota mínima corresponde a 22%.

Dessa forma, tal qual verificado em relação imposto sobre a renda sul africano incidente sobre os lucros obtidos pelas mineradoras de ouro, há uma variação positiva da alíquota, conforme aumenta a margem de lucro. Porém, diferentemente do que ocorre na África do Sul, a alíquota mínima é de 22%, podendo chegar a 32,5%, por exemplo, caso a margem de lucro da mineradora seja de 40%²⁹⁹. A tributação do lucro obtido com o aproveitamento de diamantes, especificamente, pode ser definida de modo particular e individual nos contratos de concessão de exploração mineral, que são confidenciais.

Há, ainda, participação estatal na modalidade *State equity*. A principal empresa mineradora de diamantes estabelecida em Botswana é a *Debswana Diamond Company*, que é

²⁹⁹ Cf. << <https://taxsummaries.pwc.com/botswana/corporate/taxes-on-corporate-income#:~:text=Botswana%20has%20a%20source%2Dbased,at%20the%20rate%20of%2015%25.> >> Acesso em 11.07.2022.

uma *joint venture* (50%-50%) formada entre a empresa privada *De Beers* e o *Estado de Botswana*. Todos os diamantes brutos são exportados para a *Diamond Trading Company*, braço comercial do Grupo *De Beers*, maior *player* global no mercado de diamantes e que controla a definição do seu preço, razão pela qual não há relevantes variações de cotação ao longo do tempo³⁰⁰.

As regras de controle de preços de transferência determinam que transações com partes vinculadas devem ser consistentes com o padrão OCDE (*arm's length*), não havendo regra específica para *commodities*, o que atrai a aplicação do método equivalente ao PVEx no Brasil. Já o controle da dedução de despesas de juros contraídos com empresas vinculadas (subcapitalização) impõe uma restrição de 30% do EBITDA fiscal. O excesso de juros não dedutível em um exercício pode ser transportado para competências futuras por até dez anos, no caso de uma empresa de mineração ou por três anos em todos os outros casos (*carry forward*)³⁰¹.

Os dividendos eram tributados pelo IRRF a 15%, inclusive quando remetidos ao exterior, até junho de 2021, quando foi reduzido para os atuais 10%. Cobra-se VAT a 15%, sobre vendas domésticas, desonerando-se as exportações, com garantia de ressarcimento dos créditos acumulados³⁰².

De acordo com o Banco Mundial, de 40% a 50% da receita pública total do país decorre das imposições fiscais e participações estatais sobre a mineração³⁰³.

2.6. AUSTRÁLIA

A organização político-administrativa da Austrália consiste em uma monarquia federal, sob uma democracia parlamentarista, formada em 1901, em decorrência de um acordo

³⁰⁰ KOJO, Naoko C. Diamonds are not forever: Botswana Medium-term Fiscal Sustainability. *Policy Research Working Paper*. Banco Mundial, 2010, p. 4.

³⁰¹ Cf. << https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/bw/pdf/2022/Botswana%20Tax%20and%20Budget%20Summary%202022-2023_7Feb2022_Final.pdf >>. Acesso em 11.07.2022.

³⁰² Cf. << <https://www.rsm.global/botswana/insights/doing-business-botswana/taxation> >>. Acesso em 11.07.2022.

³⁰³ KOJO, Naoko C. Diamonds are not forever: Botswana Medium-term Fiscal Sustainability. *Policy Research Working Paper*. Banco Mundial, 2010, p. 5.

celebrado entre seis então colônias britânicas que se transformaram em seis Estados³⁰⁴. A Chefe de Estado é a Rainha Elizabeth II, representada pelo Governador-Geral. A Rainha nomeia o Governador-Geral sob aconselhamento do Primeiro-Ministro da Austrália e não exerce papel ativo na rotina administrativa do país. A Constituição australiana estabelece um governo federal (conhecido como *Commonwealth government*), assim como governos estaduais e territoriais³⁰⁵, distribuindo competências entre as esferas de poder³⁰⁶.

Em relação à propriedade sobre os recursos minerais, a escolha constitucional foi determiná-la aos Estados ou Territórios onde estejam localizados. Por esse motivo, a legislação mineral, na Austrália, é de competência de cada um dos Estados e Territórios titulares dos referidos recursos, ainda que o governo federal edite leis nacionais a respeito da matéria (normas ambientais, trabalhistas, investimento estrangeiro etc.). Por outro lado, cabe aos entes locais legislar sobre *royalties* e tributos³⁰⁷.

A Austrália produz 19 substâncias minerais em quantidades significativas, por meio de aproximadamente 350 minas em operação. Possui as maiores reservas conhecidas de minério de ferro, sendo o maior produtor e exportador global dessa substância, responsável por aproximadamente 40% da sua produção e por mais de 50% das exportações anuais. É ainda um dos principais produtores mundiais de carvão, bauxita (alumínio), manganês, antimônio, níquel, prata, cobalto, cobre, estanho, lítio, ouro, chumbo, diamante, terras raras, urânio e zinco³⁰⁸.

Os Estados onde a mineração é mais expressiva na Austrália são Western Australia, com 60% da produção nacional, Queensland, com 20%, e New South Wales, com 12%. Os três Estados, juntos, respondem por mais de 90% da produção mineral australiana³⁰⁹.

³⁰⁴ Western Australia (WA), Queensland (Q), New South Wales (NSW), Victoria (V), South Australia (SA) e Tasmania (T).

³⁰⁵ Os Territórios são Northern Territory (NT) e Australian Capital Territory (ACT), equivalente à Canberra, capital do país.

³⁰⁶ LEARY, Jay; KERRIGAN, Geoff. Australia. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. Londres: The Law Reviews, 2017, p. 1-2.

³⁰⁷ LEARY, Jay; KERRIGAN, Geoff. Australia. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. Londres: The Law Reviews, 2017, p. 2-3.

³⁰⁸ Cf. << <https://www.ga.gov.au/education/classroom-resources/minerals-energy/australian-mineral-facts> >>. Acesso em 11.07.2022.

³⁰⁹ Cf. << <https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2015/natrestax/pdf/guj.pdf> >>. Acesso em 11.07.2022.

Sob todos os aspectos, entre os países investigados neste trabalho, a Austrália é o exemplo mais robusto de desenvolvimento econômico e social, a partir de um processo que teve início com o aproveitamento econômico de recursos minerais.

Por ser uma federação de matriz extrativista, é inevitável correlacionar o modelo australiano com o brasileiro. De fato, há semelhanças estruturais – ainda que as profundas diferenças históricas não possam ser desprezadas –, que justificam uma avaliação mais cuidadosa da carga tributária e dos instrumentos fiscais na Austrália, em sua dimensão federativa, em relação ao que foi feito para os demais países investigados.

Como será demonstrado, há forte arrecadação fiscal obtida diretamente pelos Estados onde a mineração ocorre, por vezes maior do que aquela destinada ao *Commonwealth government*, o que, ao lado da carga total e da qualidade do gasto público, pode explicar o desenvolvimento australiano.

Como visto, estudo da *Stanford Economics and Finance* com o Banco Mundial³¹⁰ afirma que o desenvolvimento econômico e social australiano, antes da Primeira Guerra Mundial, decorreu principalmente por suas reservas minerais e petrolíferas. Em 1968, Harding³¹¹ já afirmava que “a indústria da mineração sempre desempenhou um importante papel no crescimento da economia australiana”.

Atualmente, a mineração corresponde a 10% do PIB australiano, sendo responsável por 60% das exportações nacionais e por quase 50% do investimento estrangeiro. Suas características no país, assim como ocorre no Brasil, demandam custo intensivo de capital, gerando, com isso, poucos empregos diretos (2% do total nacional). Mas a cadeia de serviços em torno da mineração australiana emprega números expressivos – como também visto em terras brasileiras –, sendo responsável, por exemplo, por 78% da mão-de-obra em Western Australia, que é o seu principal Estado minerador³¹².

³¹⁰ LEDERMAN Daniel, MALONEY, William F (Edit.). *Natural resources: neither curse nor destiny*. A copublication of Stanford Economics and Finance and the World Bank, 2007.

³¹¹ HARDING, Keith R. Mining Development in Australia. *Journal of the Royal Society of Arts*, Vol. 116, 1968, p. 521.

³¹² Cf. << <https://ecdpm.org/great-insights/growth-to-transformation-role-extractive-sector/mining-and-development-in-australia/> >>. Acesso em 11.07.2022.

Caso o setor de mineração australiano seja considerado como a atividade extrativa mineral somada ao segmento nacional de serviços, tecnologia, máquinas e equipamentos voltados apenas à mineração (chamado de *METS - mining and mining equipment, technology and services*), esse setor corresponde a 15% do PIB e a 10% de todos os empregos do país (1 milhão e 100 mil empregos)³¹³.

A diversificação econômica verificada na Austrália tem origem na extração mineral. Conforme Ian Satchwell, Diretor do *International Mining for Development Centre*, em Perth, Western Australia, “outros setores, como equipamentos, tecnologia e serviços de mineração, educação, construção e serviços financeiros cresceram rapidamente, em resposta à rápida expansão do setor de mineração”³¹⁴. Prossegue demonstrando que o setor de equipamentos, tecnologia e serviços de mineração é um relevante exportador (como se verifica no Brasil, que importa tais produtos e serviços da Austrália), tendo se transformado em fonte de desenvolvimento tecnológico para vários outros setores industriais no país.

Paul Collier e Glen Ireland³¹⁵ demonstram que ferrovias e portos, construídos para suportar o escoamento da operação mineral, em geral possuem capacidade superior àquela demandada pelo projeto em si. Isso gera a oportunidade de que terceiros tenham acesso a essa infraestrutura, gerando desenvolvimento e diversificação econômica. A sinergia entre a infraestrutura necessária em projetos para aproveitamento econômico de recursos minerais e outros setores da economia é sintetizada por Benke³¹⁶:

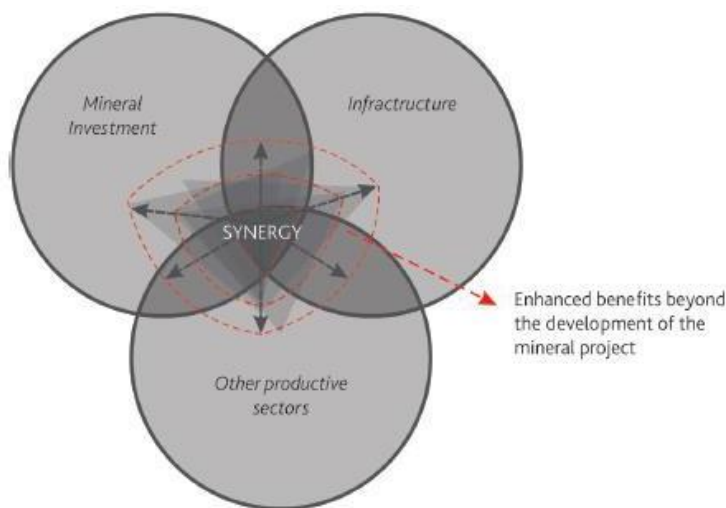
³¹³ Cf. << <https://www.mining-technology.com/analysis/featureaustralias-mining-tax-regime-is-it-too-tough-5805991/> >>. Acesso em 11.07.2022.

³¹⁴ SATCHWELL, Ian. From Growth to Transformation – What Role for the Extractive Sector? *Great Insights, Volume 2*. Maastricht: 2013.

³¹⁵ *Railway and port facilities constructed to support a bulk mining operation will generally have a throughput capacity that exceeds the initial planned output of the mine. This occurs either because the infrastructure cannot be designed with a lower capacity, or the mining firm elects to overbuild the infrastructure to accommodate increased throughput in the future. The capacity of a fully utilized railway or port can normally be increased through further capital investment. Due to the inherent physical characteristics of such facilities, the marginal cost (per unit of throughput) of adding capacity is, at least initially, quite low. Further capacity increases will eventually require a more substantial, or “step-change” investment. Invariably, the cost of expanding the capacity of existing infrastructure (even if a step-change is needed) is significantly lower than the cost of constructing new infrastructure having equivalent capacity.* COLLIER, Paul; IRELAND, Glen. Shared-Use Mining Infrastructure: Why it Matters, and How to Achieve it. In *Development Policy Review* n. 36, January 2017. Texto original.

³¹⁶ BENKE, R. *Introductory Remarks on Mineral Infrastructure in Regional Integration*. Second Expert Group Workshop on Extractive Industries, 11–12 June 2015, Geneva.

Gráfico 12 – Sinergia entre infraestrutura para mineração e outros setores



Fonte: BENKE

É o caso da malha ferroviária existente em Queensland, que pode ser utilizada por *players* fora da mineração, propiciando desenvolvimento e diversificação econômica³¹⁷.

O resultado desse processo de crescimento, iniciado no começo do século XX, é notável: a Austrália possui o 8º maior IDH do mundo (0,944). De 1990 a 2019, o índice australiano cresceu 8,4%, de 0,871 para 0,944. A desigualdade, inclusive de gênero, é baixa no país. As mulheres possuem melhor formação educacional do que os homens, sendo que 60% delas participam da força de trabalho nacional, ocupando quase 40% do parlamento. A expectativa de vida é superior a 80 anos para homens e mulheres³¹⁸. A pobreza é estimada em 13%, o que faz da Austrália o 22º país menos pobre do mundo, à frente de Estados Unidos e Canadá³¹⁹.

A carga tributária geral na Austrália, segundo a OCDE, representa 28,7% do PIB, abaixo da média da OCDE (33,8%) e da carga tributária brasileira (31,6%). Não houve relevantes

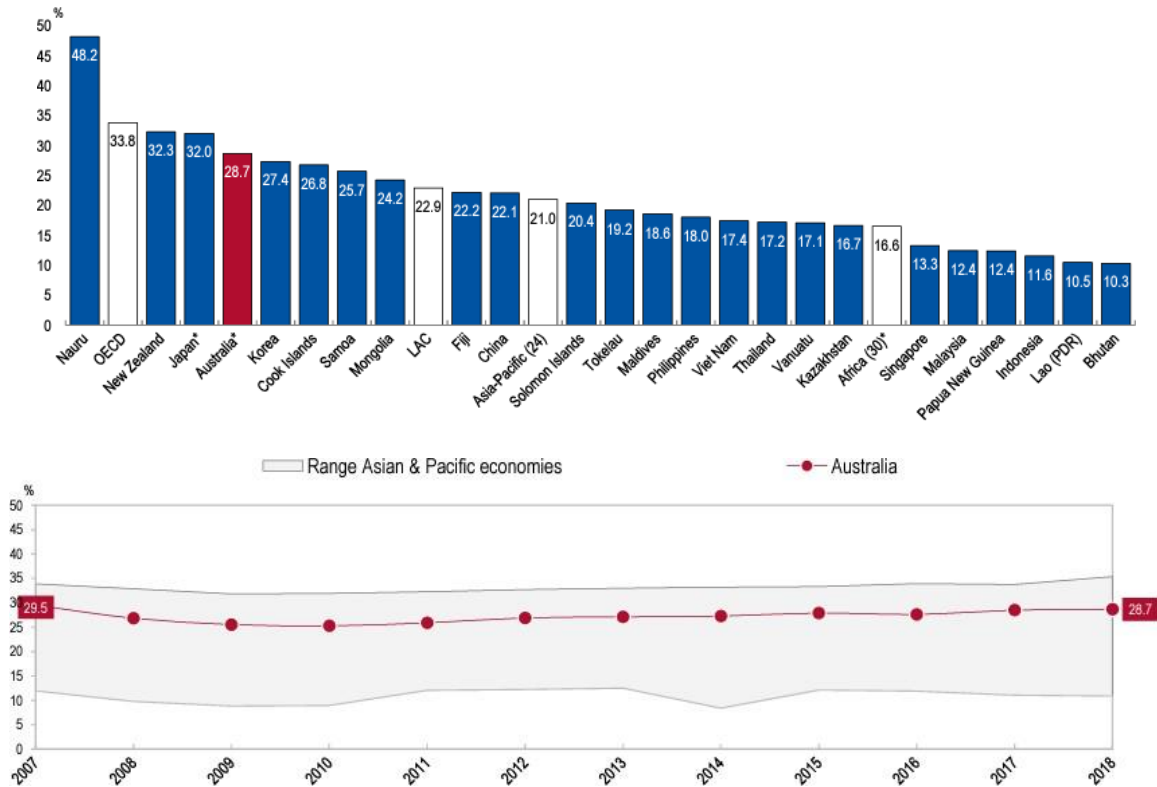
³¹⁷ Cf. << <https://www.queenslandrail.com.au/forbusiness/access/access-undertaking> >>. Acesso em 12.07.2012.

³¹⁸ Cf. << <https://hdr.undp.org/sites/default/files/Country-Profiles/AUS.pdf> >>. Acesso em 11.07.2022.

³¹⁹ Cf. << https://povertyandinequality.acoss.org.au/wp-content/uploads/2020/02/Poverty-in-Australia-2020_Part-1_Overview.pdf >>. Acesso em 11.07.2022.

alterações ao longo do tempo, visto que, em 2007, o percentual perfazia 29,5%, tendo atingido a sua variação mínima em 2010, com 25,3%:

Gráfico 13 – Carga australiana comparada com países da Ásia e Pacífico



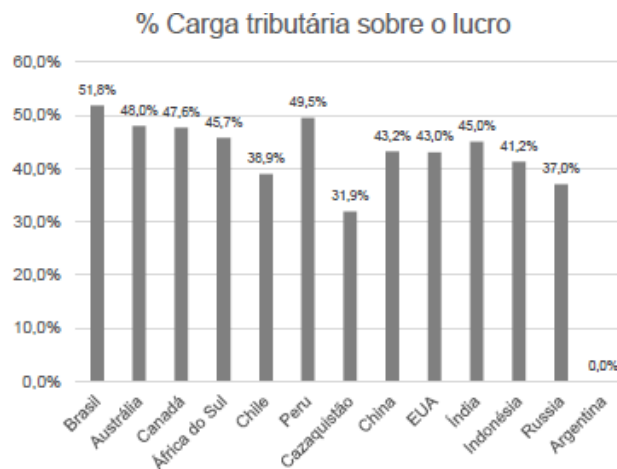
Fonte: OCDE (2022)

A composição de incidências fiscais é fortemente determinada, na Austrália, por imposto de renda sobre pessoas físicas e jurídicas, imposto sobre bens e serviços (IVA) e *royalties* minerais.

Se a carga tributária geral australiana não é baixa, mas também não é alta, o volume de imposições fiscais sobre a mineração é bastante elevado. O estudo da EY³²⁰, encomendado pelo IBRAM, aponta que 48% do lucro das mineradoras australianas de minerais metálicos é capturado pela composição de imposto sobre a renda e *royalties*:

³²⁰ EY. *Estudo comparativo da carga e prática tributária internacional do setor mineral*. IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração: novembro, 2019.

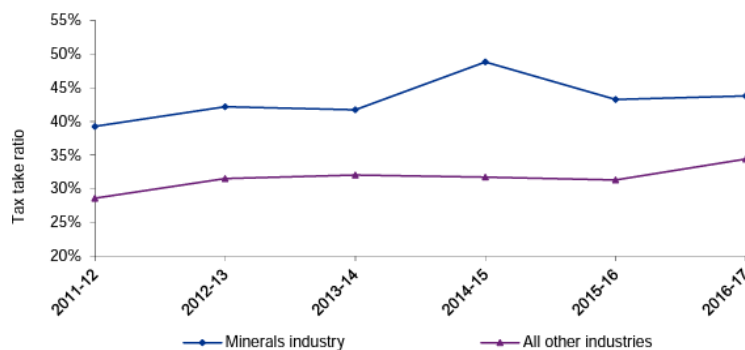
Gráfico 14 – Carga tributária australiana sobre a mineração comparada com países mineradores



Fonte: EY (2019)

Historicamente, a carga fiscal sobre a mineração, na Austrália, é 10% a 15% superior à carga geral, assim como ocorre nos demais países pesquisados, em que há diferença relevante (ainda que não seja a mesma diferença) entre a carga geral e aquela incidente sobre a mineração³²¹:

Gráfico 15 – Carga tributária australiana sobre a mineração comparada com outros setores na Austrália



Fonte: KPMG (2019)

³²¹ Cf. << https://www.minerals.org.au/sites/default/files/MCA_TaxReport_16Dec2019.pdf >>. Acesso em 12.07.2012.

O imposto sobre a renda incide, na Austrália, a 30% sobre o lucro líquido, sem quaisquer benefícios fiscais para mineradoras. Empresas com faturamento bruto anual inferior a AUD 50 milhões, pagam o imposto sobre a renda a uma alíquota de 25%. Há IRRF sobre dividendos, inclusive quando destinados ao exterior, cobrados igualmente a 30%³²². O imposto é de competência do *Commonwealth government*.

As regras australianas de controle de preços de transferência determinam que transações com partes vinculadas devem ser consistentes com o padrão OCDE (*arm's length*), não havendo regra específica para *commodities*, o que atrai a aplicação do método equivalente ao PVEx no Brasil.

As regras de controle de subcapitalização tem por referência o limite de dedutibilidade das despesas com juros e equivalentes mediante uma relação dívida-capital de 1,5:1. As deduções de juros são negadas na medida em que o empréstimo excede uma vez e meia o capital social da empresa. Por outro lado, alternativamente, à escolha do contribuinte, pode-se considerar a proporção de endividamento baseado em todo o grupo multinacional. A partir de 1º de julho de 2023, a Austrália deverá adotar o padrão estabelecido na Ação 4 do Plano BEPS, que limita a dedutibilidade das despesas líquidas de juros a 30% do EBITDA do grupo multinacional.

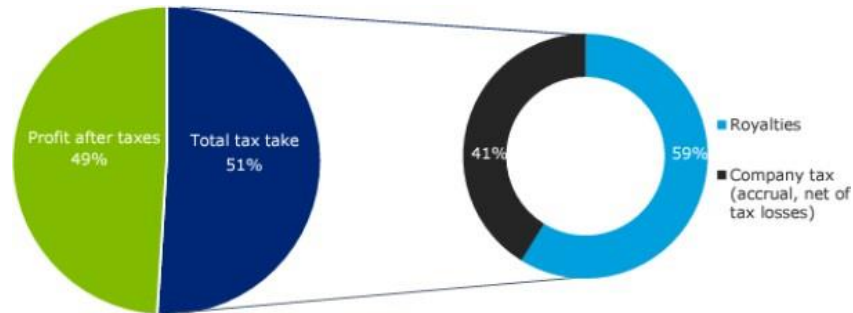
O IVA é cobrado pelos Estados a 10% sobre operações domésticas, ou seja, não incide sobre as exportações, garantindo-se aos exportadores o ressarcimento dos créditos acumulados em prazo inferior a um ano.

Observa-se que a carga tributária brasileira sobre a mineração, segundo o referido estudo da EY, é superior à australianas. Os dados variam ao longo do tempo. Por exemplo, no estudo *Minerals industry tax survey 2017*, elaborado pela Deloitte a pedido do *Minerals Council of Australia*³²³, apurou-se que 51% do lucro das mineradoras australianas fora destinado ao pagamento de imposto sobre a renda e de *royalties* minerais, analisando-se os anos de 2015-2016:

³²² Cf. << <https://taxsummaries.pwc.com/australia/> >>. Acesso 12.07.2022.

³²³ Cf. << <https://www.minerals.org.au/sites/default/files/DAE-MCA%202017%20tax%20survey%20report%20-%20December%202017.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

Gráfico 16 – Proporção entre *royalties* e tributos sobre a renda na mineração na Austrália



Fonte: Deloitte (2017)

Digno de nota, nessa pesquisa, que 59% do valor total pago pelas mineradoras australianas em 2016 se referiram a *royalties*, destinados aos Estados e Territórios, ao passo que o imposto sobre a renda (41%) é destinado ao *Commonwealth government* (federal). Essa é uma hipótese importante que surge dos dados avaliados: o volume de recursos destinado ao local onde a mineração é exercida, sendo expressivo como é, pode representar uma das chaves para o sucesso da mineração como fator de desenvolvimento econômico e social na Austrália. Nesse sentido, vale citar que a receita de *royalties* representa 25% da receita pública total de Western Australia³²⁴, como exemplo da sua importância para o financiamento das políticas públicas locais.

Segundo a Deloitte, em estudo posterior feito também a pedido do *Minerals Council of Australia*, de 2010 a 2020, as empresas mineradoras australianas pagaram \$ 238,8 bilhões de dólares australianos a título de imposto de renda (55%) e *royalties* minerais (45%)³²⁵. Isso equivale a aproximadamente R\$ 876 bilhões de reais, considerando a cotação de R\$ 3,67 reais para cada dólar australiano. Ou seja, R\$ 394,2 bilhões de reais foram destinados apenas aos Estados australianos nesse período, a título de *royalties*.

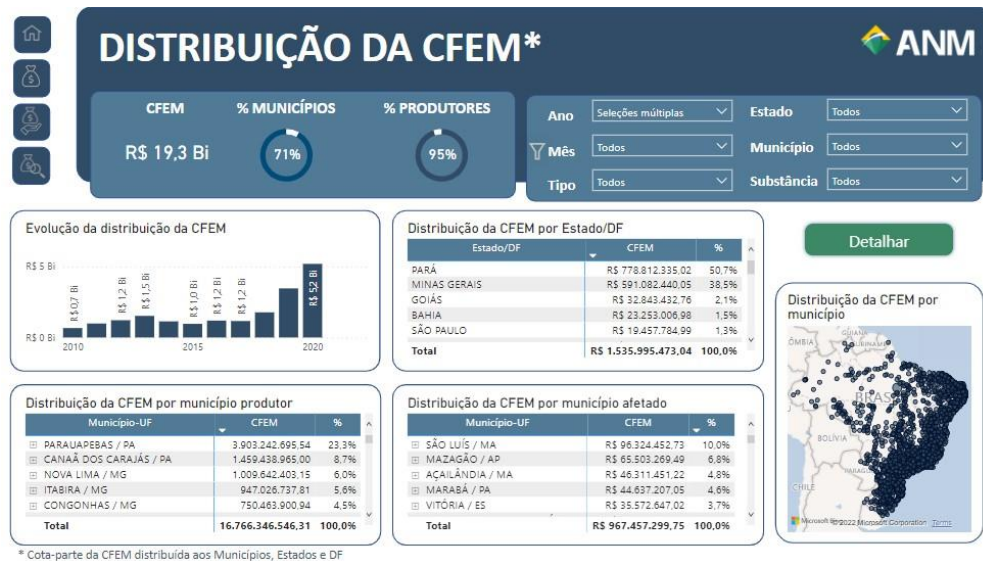
Para se ter a correta dimensão desse valor, é preciso ter em conta que, no mesmo período, de 2010 a 2020, pagou-se R\$ 19,3 bilhões a título de CFEM no Brasil, sendo R\$ 16,7

³²⁴ Cf. <<<https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2015/natrestax/pdf/guj.pdf>>>. Acesso em 12.07.2022.

³²⁵ Cf. <<<https://www.minerals.org.au/sites/default/files/DAE%20-%20MCA%20-%202019-20%20Royalties%20and%20Company%20Tax.pdf>>>. Acesso em 12.07.2022.

bilhões destinados aos Municípios e R\$ 1,5 bilhões destinados aos Estados. Ou seja, menos de 5% da arrecadação de *royalties* na Austrália no mesmo interregno temporal:

Tabela 8 – Distribuição da CFEM no Brasil de 2010 a 2020



Fonte: ANM – Observatório da CFEM (2022)

Apesar de a CFEM representar menos de 5% da arrecadação de *royalties* na Austrália, a carga fiscal total sobre a mineração no Brasil é maior (51,8% *versus* 48%). Disso, pode-se concluir que o problema no Brasil não é necessariamente a carga, e sim a sua distribuição federativa, que parece concentrar excessivamente recursos na União, principalmente por meio de IRPJ/CSLL. Essa hipótese é confirmada pelo exemplo da Vale – única empresa mineradora que publica relatório de transparência fiscal no Brasil³²⁶. No relatório publicado em maio de 2022, relativamente ao exercício de 2021, fica claro o seguinte:

- a) A Vale pagou US\$ 8,361 bilhões em imposições fiscais no Brasil;
- b) Desse valor, US\$ 4,314 bilhões se refere apenas a IRPJ/CSLL e US\$ 621 milhões são tributos incidentes sobre a folha de 170.000 empregados, destinados à União;

³²⁶ Cf. << <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/annual-reports/relatorio-de-transparencia-fiscal/Paginas/default.aspx> >>. Acesso em 12.07.2022.

- c) De CFEM, foram pagos US\$ 1,245 bilhões, o que significa US\$ 933,75 milhões para Municípios, US\$ 186,75 milhões para Estados e US\$ 124,5 milhões para a União;
- d) De taxas sobre a mineração, pagou-se US\$ 127 milhões, destinadas aos Estados.

Em síntese, considerando-se os dados acima, a União recebeu US\$ 5,06 bilhões, correspondentes a 60,5% da carga tributária suportada pela Vale S/A em 2021. Os 39,5% restantes foram repartidos entre Estados e Municípios. Considerando que US\$ 2,182 bilhões foram pagos pela Vale aos Estados a título de ICMS e taxas, somando-se a parcela de US\$ 186,75 milhões relativa à transferência da CFEM, tem-se que os Estados receberam US\$ 2,369 bilhões (28,5%) e os Municípios US\$ 933,75 milhões (11%).

Caso a proporção, no Brasil, fosse a média verificada na Austrália (45% para Estados e 55% para a União), entre 2010 e 2020, Estados e Municípios brasileiros teriam recebido, no exemplo acima, 45% de US\$ 8,361 bilhões, o equivalente a US\$ 3,762 bilhões, ou seja, US\$ 460 milhões a mais do que o valor atual. Em reais, isso representaria um aumento de arrecadação estadual e municipal de R\$ 2,502 bilhões por ano, apenas decorrente do valor já pago pela Vale S/A, que seria redistribuído, dada uma cotação do dólar americano de R\$ 5,44 por cada real,

Feitas essas comparações, cumpre verificar o *design* dos *royalties* minerais cobrados pelos Estados australianos.

2.6.1. WESTERN AUSTRALIA

O Estado de Western Australia é o local onde a atividade de mineração é mais expressiva na Austrália (65% de toda a produção nacional), sendo responsável por 80% do PIB estadual. Apenas em empregos diretos no Estado – desconsiderando a larga cadeia de serviços, tecnologia, máquinas e equipamentos para a mineração –, o setor responde por aproximadamente 160.00. Quase 60% de todo investimento estrangeiro em mineração, na Austrália, é destinado ao local. A principal substância de interesse econômico é o minério de ferro, seguida do ouro e da

bauxita³²⁷. Em 2021, arrecadou aproximadamente \$ 9 bilhões de dólares australianos em *royalties* minerais, superando a expressiva marca do ano anterior, de quase \$ 7 bilhões³²⁸.

O Estado adota *royalties ad valorem*, incidentes sobre o valor de cotação do mineral admitidas deduções do IVA, frete e seguro, introduzidos pelo *Mining Act* de 1978 e regulado pelo *Mining Regulations* de 1981. Existem três faixas de alíquotas, que incidem dependendo da forma em que o mineral é vendido (minério bruto, concentrado ou forma final) e a intensidade da sua industrialização. As faixas são:

- Minério bruto: 7,5%
- Minério concentrado (beneficiamento): 5%
- Metais (transformação industrial): 2,5%

Por outro lado, cobra-se *unit-based royalties*, incidentes a uma alíquota específica sobre volume de produção, tal qual a TFRM, apenas em casos de agregados para a construção civil e minerais industriais. Há duas alíquotas, que são tabeladas por tipos de minerais (*Amount A*, de 73 centavos por tonelada; e *Amount B*, de 117 centavos por tonelada). Insumos da construção civil pagam conforme o *Amount A*, ao passo que rochas ornamentais pagam conforme o *Amount B*, por exemplo.

Há, ainda, os *State Agreement Acts*³²⁹ – parecidos com os regimes especiais estaduais brasileiros –, celebrados entre o Estado de Western Australia e mineradores. Os *State Agreements* são ratificados por lei e especificam direitos, obrigações, termos e condições para o desenvolvimento do projeto. Em alguns casos, contém cláusulas específicas sobre *royalties*, enquanto em outros casos apenas menciona as disposições sobre *royalties* existentes na lei. O mais relevante é que esse acordo ou regime especial pode fixar as alíquotas dos *royalties*

³²⁷ Cf. << <https://www.dmp.wa.gov.au/About-Us-Careers/Quick-resource-facts-3961.aspx> >> Acesso em 12.07.2022.

³²⁸ Cf. << <https://www.dmp.wa.gov.au/About-Us-Careers/Latest-Resources-Investment-4083.aspx> >>. Acesso em 12.07.2022.

³²⁹ Cf. << <https://www.wa.gov.au/system/files/2020-10/List%20of%20State%20Agreements.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

minerais. Em torno de 70% dos *royalties* são cobrados a partir das definições contidas nesses instrumentos³³⁰, o que os torna muito importantes no Estado.

Eric Lilford³³¹, em seu recente manual de tributação mineral, aborda a experiência australiana, citando o exemplo de Western Australia. Para o autor, esse sistema de *royalties*, com alíquotas menores conforme o índice de industrialização, possui desvantagens, porque (i) os custos de fundição e refino representam 50% do valor do metal refinado; (ii) o custo de concentração e transporte de produtos minerais representa 33% do valor do metal refinado; e (iii) a britagem e peneiramento do minério representam 25% do valor do metal refinado. Sendo assim, os minerais fortemente industrializados, que possuem maior valor, seriam subtributados.

Há aqui um importante alerta sobre o que não deve ser feito, caso se pretenda instituir uma tributação mineral efetivamente progressiva. A distinção de alíquotas de *royalties* por substância tende a ser, em si mesma, arbitrária e passível de equívocos, uma vez que há diferenças relevantes de teor em um mesmo grupo de substâncias minerais, sendo que seus preços variam consideravelmente a depender de contextos de mercado. Basta ver o caso recente de níquel e lítio, que se transformaram no grande foco das pesquisas mundiais em razão de serem insumos na produção de baterias elétricas para os veículos. O modelo brasileiro é prova desse equívoco, como apontado anteriormente, ao estabelecer alíquotas para a CFEM de modo obscuro.

Há grandes mineradores de minério de ferro, com altas margens de lucro, que se sujeitam à alíquota da CFEM de 3,5%, assim como os pequenos mineradores de ferro, com pequenas margens. Ademais, a Lei nº 13.540/2017, ao estabelecer o valor de referência como base no consumo, levou em consideração o índice de enriquecimento do mineral. Mas, tratando-se de aspecto técnico de difícil apreensão, a Portaria DNPM nº 239/2018 optou por ignorar a disposição legal e praticamente sedimentou a aplicação do fator 1 para a maior parte das substâncias listadas (equivalendo a base valor de referência ao custo de produção).

A ausência de progressividade na tributação mineral pode ser, como aponta Auty, um risco para a maldição dos recursos minerais. Por isso, como se observou no Chile, Peru, África do

³³⁰ Cf. << www.jtsi.wa.gov.au/docs/default-source/default-documentlibrary/mrra_stakeholder_consultation_paper_2013.pdf?sfvrsn=3c746b1c_5 >>. Acesso em 12.07.2022.

³³¹ LILFORD, Eric; GUJ, Pietro. *Mining Taxation - Reconciling the Interests of Government and Industry*. Gewerbestrasse: Springer, 2021, p. 49.

Sul e em Botswana, há uma tendência global por adotar modelos baseados em lucro e em margens de lucro para capturar rendas minerais.

2.6.2. QUEENSLAND

O Estado de Queensland possui o carvão mineral como principal substância de interesse econômico. Sozinho, esse mineral responde por 16% do PIB do Estado, gerando aproximadamente 300.000 empregos (12% do total estadual). Entre 2020 e 2021, o Estado arrecadou \$ 1,7 bilhões de dólares australianos em *royalties* cobrados apenas sobre carvão³³². Por outro lado, arrecadou \$ 479 milhões de dólares australianos a título de *royalties* cobrados sobre substâncias metálicas em geral, totalizando \$ 2,1 bilhões de dólares australianos em um único ano. A indústria de metais do Estado gera 70.000 empregos e responde por 4% do PIB estadual³³³.

O Estado adota modelo parecido ao de Western Australia, no sentido de que, dependendo do mineral, os *royalties* são do tipo *ad valorem* ou *unit-based*, conforme o *Mineral Resources Regulation* de 2013.

A alíquota padrão, para minerais não listados expressamente, é de 2,5%, sendo que há alíquotas tabeladas da seguinte forma (exemplificativa, considerando que há inúmeros detalhes no cálculo para cada substância)³³⁴:

Metálicos

- Metais preciosos: variável entre 2,5% e 5% (variando em incrementos de 0,02%), dependendo dos preços médios dos metais. As alíquotas são publicadas periodicamente pelas autoridades fiscais;

³³² Cf. << <https://www.qrc.org.au/wp-content/uploads/2021/12/Coal2021.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

³³³ Cf. << <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.qrc.org.au/wp-content/uploads/2021/12/Metals2021.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

³³⁴ Cf. << <https://www.business.qld.gov.au/industries/mining-energy-water/resources/minerals-coal/authorities-permits/payments/royalties/calculating/rates> >>. Acesso em 12.07.2012.

- Minério de ferro: (a) \$ 1,25 por tonelada, caso o preço médio por tonelada seja de \$ 100 ou menos; (b) e, caso o preço médio por tonelada seja superior a \$ 100, incidem duas faixas de alíquotas, a primeira de 1,25% sobre a primeira tonelada e 2,5% desse patamar em diante.

Carvão mineral

- Consideram-se os preços médios do carvão vendido ou consumido, para determinar as alíquotas, conforme tabela progressiva:
 - Até \$100 – 7%
 - Acima de \$100 e até \$150
 - Primeiros \$100 – 7%
 - A partir disso – 12.5%
 - Acima de \$150 até \$175
 - Primeiros \$100 – 7%
 - Próximos \$50 – 12.5%
 - A partir disso – 15%
 - Acima de \$175 até \$225
 - Primeiros \$100 – 7%
 - Próximos \$50 – 12.5%
 - Próximos \$25 – 15%
 - A partir disso – 20%
 - A partir de \$225 até \$300
 - Primeiros \$100 – 7%
 - Próximos \$50 – 12.5%
 - Próximos \$25 – 15%
 - Próximos \$50 – 20%
 - A partir disso – 30%
 - Acima de \$300
 - Primeiros \$100 – 7%
 - Próximos \$50 – 12.5%

- Próximos \$25 – 15%
- Próximos \$50 – 20%
- Próximos \$75 – 30%
- A partir disso – 40%

No caso dos *royalties ad valorem*, a base de cálculo é a *receita bruta* de vendas ou o valor de cotação – a depender do mineral –, deduzida das despesas com frete e seguro marítimos, perdas no transporte e outras deduções porventura aprovadas pelas autoridades fiscais.

As regras acima descritas para carvão mineral, fortemente progressivas, que fazem com que a alíquota dos *royalties* possa chegar a até 40% do valor do mineral vendido ou consumido (acima de \$ 300 dólares), entraram em vigor no dia 01.07.2022. Trata-se de um dos *royalties* mais gravosos do mundo. Até então, a alíquota máxima sobre carvão era 15%, quando o preço da *commodity* superasse \$ 150 dólares australianos. A decisão se pautou na recente alta dos preços do carvão mineral, que passaram a ser comercializados a até \$ 500 dólares australianos por tonelada.

Trata-se de um *Royalty ad valorem* com elementos de *Windfall tax*, uma vez que foi estruturado para capturar rendas minerais consideradas extraordinárias e eventuais, em virtude da inesperada e expressiva alta dos preços do carvão mineral.

2.6.3. A EXPERIÊNCIA DO MINERAL RESOURCE RENT TAX (MRRT)

Um *Mineral Resource Rent Tax* (MRRT) foi introduzido na Austrália em 2012 pelo *Commonwealth government*. A exação era limitada a minério de ferro e carvão, em um momento de preços anormalmente altos (*boom* global) e de uma percepção popular de que os lucros das empresas alcançavam patamares elevados, sem que houvesse uma contrapartida justa à população.

A criação do MRRT ocorreu após uma proposta anterior ter sido descartada, de imposição de um *Resource Super Profit Tax* (RSPT) sobre todos os minerais produzidos na

Austrália. Na visão de Lilford e Guj, o RSPT foi abandonado por ter se mostrado impraticável e por ter enfrentado enorme resistência da mineração australiana³³⁵.

O MRRT australiano representou um compromisso negociado pelo *Commonwealth government* com apenas os quatro maiores produtores de minério de ferro e carvão da Austrália, no auge de uma eleição federal e sob uma nuvem de sigilo, que, nas palavras de Lilford e Guj, “plantou a semente de sua morte final”, apenas dois anos depois, em 2014.

As quedas sucessivas nos preços das *commodities* que se verificaram após a criação do MRRT, a baixa arrecadação e a mudança de governo na Austrália, geraram a sua revogação. Atualmente, não há país que cobre exação similar sobre a mineração, ainda que, no Brasil, ela exista no setor de petróleo, como mencionado (vide art. 50 da Lei nº 9.478/1997).

Aplicava-se, para cobrança do MRRT, uma alíquota de 30%, sobre a seguinte base de cálculo:

Tabela 9 – Fórmula do *Mineral Resource Rent Tax* (MRRT)

+ Receita bruta, na saída da mina
- Deduzidos:
- Despesas operacionais recorrentes
- Despesas de capital
- Prejuízos de exercícios anteriores (apuração do “lucro normal”)
- Saldos negativos em MRRT de exercícios anteriores
= Base de cálculo do MRRT

Fonte: elaboração própria com dados do governo australiano

Como os Estados também cobravam seus *royalties*, o *Commonwealth government* admitiu que, após a apuração do saldo a pagar, fossem deduzidos os *royalties* estaduais.

Na prática, a fórmula acima permitia que se calculasse o MRRT a partir da multiplicação de uma alíquota nominal de 30% sobre o lucro de um projeto de mineração, admitidas certas deduções, descritas na tabela. Com isso, capturava-se a renda mineral tida como extraordinária ou excessiva. Ocorre que, como visto, os preços altos não duraram e a arrecadação

³³⁵ LILFORD, Eric; GUJ, Pietro. *Mining Taxation - Reconciling the Interests of Government and Industry*. Gewerbestrasse: Springer, 2021, p. 59.

do MRRT foi considerada baixa. Daí que o custo político de se manter uma exação tão gravosa, com baixa efetividade, gerou a sua revogação apenas dois anos após a sua criação.

3. TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA MINERAÇÃO

Como visto, em todos os países investigados, houve a introdução de regras antielisivas específicas, notadamente relacionadas ao controle de preços de transferência e de subcapitalização, com o objetivo de evitar a transferência de lucros (rendas minerais) para o exterior.

Isso significa que os países, mesmo os de base econômica extrativista, encontram-se (i) disputando investimentos estrangeiros, inclusive para projetos de mineração e (ii) cuidando para que, uma vez que o projeto se desenvolva, a arrecadação fiscal não seja comprometida, o que, em mineração, lesa o titular dos recursos (a sociedade presente e a futura).

Para que a atração de investimentos ocorra, é necessário que muitos aspectos sejam observados: estabilidade política, infraestrutura, mão-de-obra, segurança jurídica em diversas dimensões (calculabilidade, garantia ao direito adquirido e proteção da confiança), bom ambiente de negócios, velocidade na obtenção de licenças etc. Entre eles, alguns são de natureza fiscal, uma vez que determinam diretamente o retorno sobre o capital investido. Porém, mais do que o tamanho da carga, os exemplos verificados no capítulo anterior deixam evidente que a calculabilidade (ou algum grau de certeza sobre o volume da tributação) importa mais. Ou seja, o minerador até pode se dispor a pagar uma soma elevada de imposições fiscais, desde que tenha confiança de que os cálculos serão razoavelmente simples e que não haverá surpresas no futuro quanto ao assunto.

De outra parte, a mineração se globalizou. As estruturas internacionais são comuns no setor e, com isso, há grande facilidade para se transferir lucros a jurisdições com menor carga fiscal, sobretudo por meio de preços de transferência e subcapitalização. Nesse ponto, de preservação das bases tributárias, parece ser verdade que os países competem ainda mais

intensamente. Daí que, conforme Onofre Batista³³⁶, a solução para a guerra fiscal global esteja em “uma ação coordenada dos Estados nacionais”.

Entre as mais importantes iniciativas nesse sentido está o Plano BEPS, criado pela OCDE. Esse plano tem por fundamento os desafios tributários criados pela digitalização da economia. Contudo, ao se pretender harmonizar as práticas globais por esse fundamento, levando parte da arrecadação fiscal para os Estados consumidores, corre-se o risco de desconsiderar uma outra lógica, inerente à mineração, que é a manutenção da tributação na origem, fazendo com que os recursos fiscais permaneçam na jurisdição titular do minério extraído.

O programa de trabalho da OCDE sobre a reforma tributária digital sugere que as *commodities* provavelmente serão deixadas de fora dos desenvolvimentos futuros, porque a tributação na fonte é considerada o modelo de tributação mais adequado para os recursos naturais, que são específicos de cada local³³⁷. Mas, como visto, a tributação dos recursos minerais com base no critério de fonte é mais vulnerável à transferência de lucros ao exterior³³⁸.

Com base nessas premissas, serão investigados neste capítulo dois documentos elaborados pelo IGF em parceria com a OCDE: (i) o estudo *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*, sobre o controle de subcapitalização no setor; e (ii) *Monitoring the Value of Mineral Exports*. No que for pertinente, serão abordados outros documentos, notadamente vinculados ao Plano BEPS.

3.1. CONTROLE DE SUBCAPITALIZAÇÃO

Pode-se conceituar o fenômeno da subcapitalização societária, no Direito Privado, sob dois ângulos: um formal ou nominal e outro material. No primeiro, ocorre a transformação dos sócios em credores da sociedade, por meio da transferência de recursos por empréstimos que permitem a realização do objeto social. O objetivo dos sócios nessa situação pode ser concorrer

³³⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 308.

³³⁷ Cf. << <https://www.iisd.org/system/files/2021-03/digital-tax-reforms-mining-en.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

³³⁸ REDHEAD, Alexandra. How global tax reforms apply to the extractive industries. *International Tax Review*. Disponível em << <https://www.internationaltaxreview.com/Article/3877917/Latest-News/The-application-of-global-tax-reforms-to-the-extractive-industries.html> >>. Acesso em 05.07.2022.

com os demais credores em caso de insucesso da empresa, realizar planejamento tributário ou ambos. No segundo, verifica-se a inexistência de meios para o financiamento da sociedade, que busca no capital de terceiros os recursos para realizar seu objeto social. Desse ponto de vista, a subcapitalização material pode ser conceituada como o desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade, transferindo para credores riscos que seriam típicos de sócios³³⁹.

As regras de controle de subcapitalização no Direito Tributário se preocupam mais intensamente com ângulo formal ou nominal exposto, tendo em vista se tratar de uma decisão dos sócios que, mesmo tendo recursos disponíveis para capitalizar a sociedade, optam por endividá-la. A segunda situação configura justificativa material para a subcapitalização, que não corresponde à elisão fiscal. Por isso, vem sendo considerada nos documentos mais recentes da OCDE e é o centro fundamental das orientações emanadas da Ação nº 4 do Plano BEPS.

O documento *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues* foi publicado pelo IGF juntamente com a OCDE em 2018, após o lançamento da Ação nº 4 do Plano BEPS, que trata do controle de subcapitalização de modo geral, sem abordar especificidades da mineração. Estruturado em quatro capítulos, interessa a este estudo sobretudo o segundo (financiamento da mineração por instrumentos de dívida) e o quarto (a Ação nº 4 contextualizada para o setor mineral).

Para compreender a orientação do IGF e da OCDE sobre o controle da capitalização fina na mineração, é preciso abordar, antes, a Ação nº 4 do Plano BEPS e a evolução histórica que lhe deu origem.

Das práticas internacionais de combate ao endividamento excessivo, que antecedem o Plano BEPS, destacam-se: (i) quanto ao aspecto pessoal, as que restringem seu escopo de aplicação a partes vinculadas no exterior e aquelas cuja eficácia abrange toda operação, seja ou não com partes vinculadas³⁴⁰; (ii) quanto ao aspecto espacial, as limitadas às operações

³³⁹ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 161-182.

³⁴⁰ É o caso, por exemplo, da Bélgica, na qual a regra é aplicada sempre que o mutuante não for tributado pelo recebimento dos juros pactuados, ou se esta tributação lhe for substancialmente favorável em relação ao país do mutuário. Também é de se ressaltar, quanto à Bélgica, a regra que determina a aplicação das regras de subcapitalização mesmo em face de empréstimos outorgados por diretores administrativos não acionistas da pessoa jurídica, ao passo que, na França, existe a mesma regra, restrita ao diretor acionista: *In Belgium, there are thin*

envolvendo partes em jurisdições distintas e as que se aplicam a endividamento em uma mesma jurisdição³⁴¹; e (iii) quanto ao aspecto quantitativo³⁴², as que tem o princípio *arm's length* como parâmetro, exigido comparabilidade de volume de dívida e de preço dos juros, bem como as que utilizam critérios de presunção, mediante percentuais dos juros e limites ao volume da dívida face ao patrimônio da empresa, por praticabilidade fiscal.

a) A Ação nº 4 do Plano BEPS

A Ação nº 4 demonstra que o controle de subcapitalização, preferencialmente, deve adotar (i) regras flexíveis, uma vez que há níveis diferentes de endividamento por países e por setores da economia; e (ii) privilegia as regras *arm's length* como as mais efetivas, em detrimento das regras de presunção. Seu foco se dá na prevenção dos seguintes cenários: (i) alocação de dívidas nas entidades situadas em países com alta carga tributária; (ii) utilização de financiamento intragrupo para gerar dedução de juros excessivos quando comparados ao nível de endividamento real do grupo com terceiros; e (iii) utilização de financiamento de terceiros ou intragrupo no intuito de financiar a geração de receita isentas ou diferidas.

A premissa norteadora do Plano BEPS é o alinhamento entre o local da geração dos lucros tributáveis e o local do desenvolvimento das atividades econômicas e de geração de valor³⁴³, o que é condizente com tributar as rendas minerais no local da extração mineral.

Seguindo essa premissa, a recomendação desenvolvida ao longo da Ação 4 visa a induzir que os grupos multinacionais adotem estruturas de financiamento pelas quais a despesa

capitalization rules if the managing director of accompany grants a loan to the company and the total loan capital exceeds the equity capital (1:1). Contrary to France, the rules also apply when the managing director is not a shareholder. INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. *Cahiers de Droit Fiscal International: International Aspects of Thin Capitalization*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1996. v. LXXXIb, p. 102.

³⁴¹ A Corte Europeia decidiu, no caso C-324/00, *Lankhorst-hohorst v. Finanzamt Steinfurt*, em 12.12.2002, que o princípio da não discriminação impõe, *em regra*, que as normas de subcapitalização não podem ser aplicadas apenas nas operações com não residentes. Disponível em << http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2_juris.htm >>. Acesso em 12.07.2022.

³⁴² É o caso dos Estados Unidos, onde a aplicação de regras de proporções fixas pode não endereçar efetivamente o problema do endividamento excessivo. Por exemplo, a depender do setor da economia, uma razão 3:1 pode ser excessiva ou irrelevante, ao mesmo em que já se identificou, em alguns setores, que apenas uma razão de 50:1 resolveria o problema. Vide LIND, Stephen A. *et al. Fundamentals of Corporate Taxation: Cases and Materials*. 6th ed. New York: Foundation Press, 2005. p. 133-135.

³⁴³ Como é afirmado no *Explanatory Statement* do Projeto BEPS *[t]he implementation of the BEPS package will better align the location of taxable profits with the location of economic activities and value creation, and improve the information available to tax authorities to apply their tax laws effectively*. OECD. *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD, 2015, p. 5.

líquida de juros esteja vinculada à despesa líquida de juros total do grupo. Também se visa a que a distribuição da despesa líquida de juros do grupo esteja vinculada às atividades de geração de receita³⁴⁴. As regras aplicadas pelos países foram agrupadas em seis grandes grupos, sendo que alguns países se utilizam de uma combinação delas:

- testes *arm's length*, que comparam o nível de juros ou das dívidas em uma entidade com a posição que teria existido caso a entidade negociasse inteiramente com terceiros não relacionados;
- tributos retidos na fonte sobre os pagamentos de juros;
- regras que consideram como indedutível um percentual específico das despesas com juros de uma entidade, independentemente da natureza do pagamento ou sua destinação;
- regras que limitam o nível de despesas com juros com base em referência a uma proporção fixa, tais como dívida/capital, juros/lucros ou juros/ativos totais;
- regras que limitam o nível de despesas de juros ou a nível de endividamento com referência a uma posição global no grupo;
- regras específicas antievasivas que determinam serem indedutíveis os gastos com juros sobre operações específicas.

A Ação nº 4 direcionou-se para as três últimas regras listadas acima, ressaltando que, após a introdução das melhores práticas sugeridas, os países deveriam continuar aplicando as tributações retidas na fonte sobre juros.

Em relação ao teste *arm's length*, a OCDE compreendeu que a vantagem dessa regra é a conformação da tributação às circunstâncias materiais de determinados contribuintes e setores, que podem variar. Ou seja, capturaria mais fidedignamente a capacidade contributiva, considerando aspectos subjetivos do contribuinte e do seu segmento econômico. Entretanto, exatamente em função da subjetividade dessa análise, entendeu-se que o teste *arm's length* seria

³⁴⁴ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 317.

de difícil aplicação, tanto pelos contribuintes quanto para as autoridades fiscais. Assim, a OCDE recomendou a utilização dessa regra apenas em complemento a outras regras.

A lógica foi possibilitar que a entidade deduza mais juros caso o índice de endividamento global do grupo seja mais elevado.

A abordagem recomendada pela Ação nº 4 é baseada em uma regra de proporção fixa, que limita a dedução de despesas líquidas de juros a um percentual do EBITDA³⁴⁵ (*earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation*). A mensuração da atividade econômica por meio do EBITDA determina uma natural relação com a renda tributável de modo a implementar a premissa norteadora do Projeto, segundo a qual se deve alinhar o local dos lucros tributáveis com o local do desenvolvimento das atividades econômicas e de geração de valor. Essa regra deve ser aplicada pelo menos às entidades que façam parte de grupos multinacionais.

A Ação 4 inclui um corredor de índices entre 10% e 30%, pois reconhece que nem todos os países possuem um mesmo contexto de nível de endividamento. Dessa forma, o relatório inclui fatores que devem ser levados em consideração na definição da proporção por cada país, seja pela taxa de juros dos títulos nacionais seja pelo nível alavancagem diferenciado em determinados países.

Para determinar a proporção fixa, a OCDE analisou dados de pesquisa específica do período de 2009 a 2013 e chegou à conclusão que, se a proporção fosse fixada em 10%, 62% daquele grupo de entidades analisado estaria apto a deduzir todos os juros pagos a terceiros. Caso a proporção fosse fixada em 20%, 78% daquele grupo de entidades analisado estaria apto a deduzir todos os juros pagos a terceiros. Finalmente, caso a proporção fosse fixada em 30%, 87% daquele grupo de entidades analisado estaria apto a deduzir todos os juros pagos a terceiros. Definiu-se, portanto, o corredor entre 10% e 30% para que cada país, levando em consideração diversos fatores, pudesse definir qual seria a proporção aplicável às entidades nele localizadas.

Um dos fatores que deve ser considerado é se a proporção fixa é aplicada isoladamente ou com regra de aplicação da proporção do grupo. Se não for possível a comparação com o endividamento do grupo, recomenda-se que a proporção fixa estabelecida seja

³⁴⁵ Lucro antes de juros, tributos, depreciação e amortização.

maior. Além disso, deve-se levar em consideração a possibilidade de transportar a porção indedutível para outros períodos (*carry forward*) ou se há regras específicas que determinem a indedutibilidade. Da mesma forma, caso não seja possível o transporte da proporção indedutível para utilização em outros períodos, recomenda-se que a proporção fixa seja maior.

Os países devem levar em consideração, também, as taxas de juros dos títulos do tesouro de longo prazo para definição da proporção. Isso porque, se as taxas de juros aplicáveis naquele país forem altas em relação aos demais países, será natural que a proporção das despesas financeiras em relação ao lucro tributável corresponda a um percentual maior (caso brasileiro atual, com a SELIC em 13,25% ao ano). A OCDE sugere que sejam consideradas altas as taxas de juros dos títulos de longo prazo do tesouro superiores a 5%. Ou seja, o Brasil, caso venha a adotar essa regra, deveria estabelecer a proporção fixa no montante de 30%, enquanto permanecer com a SELIC em patamares superiores a 5%.

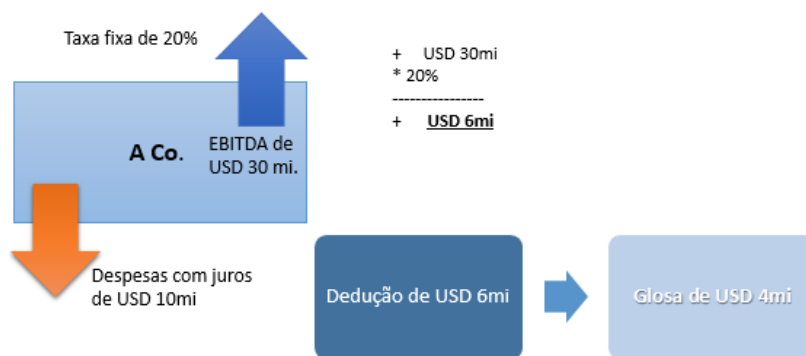
A regra de proporção fixa pode ser complementada pela avaliação percentual da alavancagem do grupo multinacional, o que permitiria exceder a proporção fixa estipulada, em função do nível de alavancagem total do grupo. Adicionalmente, recomenda-se que os países possibilitem a utilização de juros indedutíveis ou capacidade de juros não utilizada em exercícios futuros (*carry forward*) ou anteriores (*carry back*). A Ação nº 4 pode ser resumida dessa forma:

Tabela 10 – Ação nº 4 do Plano BEPS

Exceção De Minimis monetária, para excluir entidades representativas de baixo risco Opcional, baseada na despesa de juros líquida do grupo local
+
Regra baseada em uma Proporção Fixa Permite à entidade deduzir despesas líquidas de juros até certa proporção de Juros Líquidos / EBITDA Fatores relevantes ajudam cada país a definir essa proporção (entre 10% e 30%)
+
Regra baseada em uma Proporção do Grupo Permite à entidade deduzir despesas líquidas de juros até a proporção de Juros Líquidos / EBITDA do grupo, quando esta for maior que a Proporção Fixa Opcionalmente, pode-se aumentar a despesa líquida de juros do grupo com terceiros em até 10% Opcionalmente, o país pode aplicar uma regra de grupo diferente, ou não ter regra de grupo
+
Possibilidade de utilizar juros indedutíveis / capacidade não utilizada de juros em exercícios futuros (<i>carry forward</i>) ou anteriores (<i>carry back</i>) Opcional
+
Normas direcionadas para auxiliar limitações gerais aos juros e combater riscos específicos
+
Regras específicas para os setores bancário e de seguros

Fonte: CARNEIRO e CASTRO JÚNIOR³⁴⁶.

Ressalta-se que uma importante característica da regra sugerida pela Ação nº 4 é que ela apenas levará em consideração as despesas que excederem os rendimentos de juros. A OCDE exemplificou as diferentes abordagens da Ação 4, conforme se verifica a seguir:

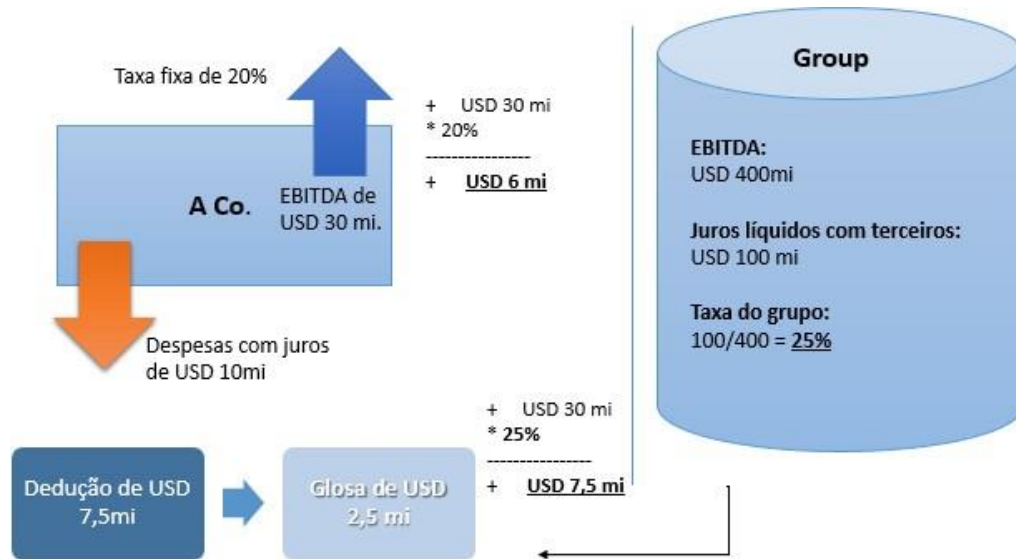
Gráfico 17 – Aplicação isolada da regra de proporção fixa

Fonte: CARNEIRO e CASTRO JÚNIOR³⁴⁷.

³⁴⁶ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 323.

Nesse caso, o limite de dedução seria de 20%, a ser computado sobre o EBITDA da empresa localizada em “A”. Daí que seria autorizada a dedução de apenas USD 6mi no exemplo acima, apesar de a empresa ter incorrida em despesas com juros de USD 10mi.

Gráfico 18 – Aplicação conjunta da regra de proporção fixa e de grupo, sem o adicional



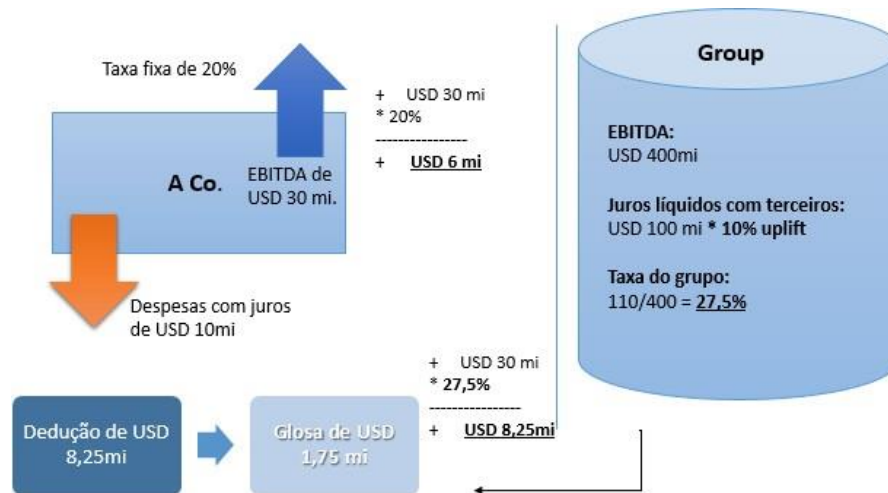
Fonte: CARNEIRO e CASTRO JÚNIOR³⁴⁸.

Aplicando-se conjuntamente as regras de proporção fixa e de grupo, sem o adicional, verifica-se que a taxa do grupo seria de 25%, superior portanto à taxa fixa de 20%. Valendo-se dos mesmos dados do cenário anterior, permitir-se-ia uma *ampliação* da dedução, para 25% das despesas com juros do período (USD 10mi), o que resultaria em uma glosa de apenas USD 2,5mi, ao invés dos USD 4mi do caso de aplicação exclusiva da regra de proporção fixa.

³⁴⁷ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 324.

³⁴⁸ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 324.

Gráfico 19 – Aplicação conjunta da regra de proporção fixa e de grupo, com o adicional de 10%



Fonte: CARNEIRO e CASTRO JÚNIOR³⁴⁹.

Interessante variação do cenário anterior se dá com a aplicação do adicional de 10% sobre a taxa do grupo³⁵⁰. Nesse caso, o limite dedutível aumenta para USD 8,25mi.

b) A visão do IGF e da OCDE sobre a Ação nº 4 na mineração

Feita a apresentação dos contornos gerais da Ação nº 4 do Plano BEPS, cumpre verificar as conclusões do estudo *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*³⁵¹, elaborado pelo IGF em parceria com a OCDE.

³⁴⁹ CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 325.

³⁵⁰ A regra de proporção do grupo esbarra em um problema de convergência das informações contábeis, pois pode haver demonstrações contábeis com padrões divergentes dentro de um mesmo grupo. Ademais, o fato de as demonstrações estarem em mesmo padrão contábil não significa que estão sendo utilizados os mesmos critérios de avaliação de ativos e passivo ou utilizados os mesmos critérios de reconhecimento de receitas e despesas. Em face dessas distorções, o Plano de Ação 4 sugere a possibilidade de uma elevação de até 10% das despesas líquidas de juros do grupo com terceiros.

³⁵¹ IGF; OCDE. *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*. 2018. Disponível em <<<https://www.oecd.org/tax/beps/limiting-excessive-interest-deductions-discussion-draft.pdf>>>. Acesso em 05.07.2022.

A título introdutório, IGF e OCDE afirmam haver um incentivo econômico no fato de que o endividamento excessivo permita a dedução dos juros na base dos impostos sobre a renda, bem como que, embora isso seja verdade para todas as indústrias, há riscos específicos de erosão da base dos tributos sobre a renda por empresas multinacionais de mineração. Nesse sentido, esclarecem que o relatório responde a uma preocupação de muitos países em desenvolvimento, de que as multinacionais usariam a dívida “excessivamente” em países produtores de minerais, como mecanismo para transferir lucros ao exterior.

Na sequência, o documento apresenta uma interessante abordagem geral sobre o financiamento de um projeto de mineração, em todas as suas fases, demonstrando que se trata, em geral, de vultosos valores, com alto risco. Na fase de pesquisa mineral, adota-se o jargão “*high risk, high reward*”, que normalmente faz com que os investimentos, nessa fase, sejam em capital social (*equity*). Afinal, descobrindo-se um corpo mineral relevante, o investidor desejará ter sua participação societária valorizada, seja para vendê-la a terceiros, auferindo ganho de capital, ou para receber dividendos do projeto, quando ele se tornar lucrativo.

Mas, nas fases de implantação e operação, quando os custos são muito maiores, é comum que o projeto passe a ser financiado por dívida, não apenas dos sócios, mas também de terceiros. Usualmente em grupos multinacionais, uma vinculada no exterior obtém os recursos junto a uma instituição financeira estrangeira, repassando-os para a mineradora por outro instrumento de dívida. As condições financeiras desses empréstimos obtidos pelo grupo multinacional minerador para financiar a operação podem variar muito, a depender de fatores diversos: riscos do projeto, preços da *commodity*, demanda global pelo mineral etc. Daí que seja muito difícil, *a priori*, estabelecer se a taxa de juros incorrida em um projeto de mineração específico se amolda ao padrão de mercado (*arm's length*), ou seja, é complexo dizer se há padrões de mercado, visto que o mercado se altera continuamente por muitos fatores. O IGF e a OCDE listaram alguns desses componentes no documento em questão:

Tabela 11 – Fatores que afetam o uso de dívida na mineração

<i>Fatores que afetam o uso de instrumentos de dívida emitidos por terceiros na mineração</i>	
Tamanho da empresa	As mineradoras grandes e diversificadas geralmente têm melhor acesso a uma variedade de fontes de empréstimos em relação às empresas de médio e pequeno porte e geralmente tomam empréstimos em condições relativamente melhores.
Rating de crédito	As classificações de crédito afetam tanto a quantidade de empréstimos externos possíveis quanto os termos desse empréstimo (por exemplo, a taxa de juros): uma melhor classificação de crédito significa melhores condições.
Idade e maturidade da empresa	Empresas com um “histórico” mais estabelecido (incluindo gestão) são mais capazes de tomar empréstimos e em melhores condições.
Minerais de interesse do projeto	Alguns minerais fornecem às empresas melhor acesso ao capital externo do que outros (por exemplo, mercados mais líquidos, melhores perspectivas de preços, estrutura industrial de produção mais concentrada - ou seja, poucos produtores ou oferta limitada).
Riscos do projeto	Projetos de maior risco devem oferecer a possibilidade de retornos mais altos (por exemplo, mineração em ambientes geográficos ou políticos desafiadores). Isso pode afetar a quantidade de dívida que eles podem obter, e as entidades percebidas como mais arriscadas podem enfrentar condições de empréstimo mais rígidas/mais caras.
Garantias	Bancos e outros credores emprestam em termos influenciados pela garantia oferecida e capacidade de adquirir ativos em caso de inadimplência – seu objetivo principal é garantir que eles recuperem o valor do empréstimo, pagamentos de juros e custos associados. Outros financiadores, como fundos de <i>hedge</i> ou comerciantes de <i>commodities</i> , podem estar mais interessados em adquirir ativos de mineração estrategicamente importantes.
Acesso do investidor a produtos financeiros	Produtos financeiros, como derivativos, permitem que os investidores protejam o risco e valorizem mais facilmente a produção da mina (por exemplo, usando preços de referência internacionais transparentes) e, portanto, o valor da empresa. Ou seja, melhor acesso a derivativos para investidores pode significar melhor acesso a fontes de dívida externa. Isso é importante para investidores, como bancos, que devem observar os valores dos ativos do mutuário (e potencialmente gerenciar sua exposição ao risco de flutuações de preços).

Fonte: elaboração própria a partir do documento do IGF e da OCDE (2022)³⁵².

Ante essas particularidades, IGF e OCDE afirmam que as regras que limitam a dedutibilidade de juros precisam ser implementadas com cuidado para não afugentar investimentos na mineração, visto que há benefícios inegáveis trazidos pelo investimento estrangeiro. Isso também significa, quando for o caso de se implementar novas regras de controle de subcapitalização, que haja prazo razoável para que as empresas se ajustem a elas.

³⁵² IGF; OCDE. *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*. 2018. Disponível em <<<https://www.oecd.org/tax/beps/limiting-excessive-interest-deductions-discussion-draft.pdf>>>. Acesso em 05.07.2022.

Quanto à necessidade de a mineração ter regras próprias de controle de endividamento excessivo, o documento expressa que, (i) regra geral, não é recomendável adotar estruturas tributárias diferentes para cada setor, sob pena de se criar incentivos artificiais para a alocação econômica de recursos no país; (ii) no entanto, em locais onde mineração seja muito relevante para a economia (e, por extensão, potencialmente uma parte significativa da base de receita), isso pode justificar regras especiais de limitação de endividamento para o setor. Seria especialmente o caso se houvesse evidência de erosão grave da base tributável pela mineração.

A partir desse ponto, o relatório enfrenta a Ação nº 4 do BEPS. IGF e OCDE reforçam o caráter obrigatório da regra de proporção fixa, no corredor de 10% a 30%, e opcional da regra de proporção do grupo multinacional. Então, partindo da premissa de que há diversidade entre os grupos de mineração, a proporção fixa precisa ser definida de forma adaptada à estrutura real do setor de mineração em cada país, particularmente os minerais extraídos e os tipos de empresas que operam nele (dentro do corredor de 10% a 30%). Ou seja, pode-se definir um corredor específico para a mineração ao se implementar a Ação nº 4 – o que no Brasil, não seria o caso, visto que apenas a taxa SELIC elevada já justificaria a implementação no teto de 30%.

Relevante observar o destaque dado pelo IGF e pela OCDE para a importância de se garantir o direito ao *carry forward* de saldos de juros indedutíveis em uma competência para a outra, na mineração, dado o custo intensivo de capital na maior parte dos projetos minerais, normalmente custeado por dívidas contraídas com terceiros (fora do grupo, ainda que repassada à mineradora local por uma vinculada).

Disso, as entidades concluem: (i) em economias menores, medidas simples e claras devem ser priorizadas, por serem mais fáceis de administrar; (ii) a Ação nº 4 do BEPS fornece uma resposta simples para limitar as deduções de juros e envia uma mensagem clara aos investidores; (iii) a Ação nº 4 pode acomodar as características da indústria de mineração; (iv) dada a natureza de capital intensivo do setor, o transporte de deduções de juros excedentes (*carry forward*) é uma preocupação fundamental na mineração que deve ser observada.

As conclusões parecem razoáveis e, de fato, a Ação nº 4 do Plano BEPS, sobretudo quando implantada a regra de proporção do grupo, significaria efetivo avanço na compreensão de que, pelas questões pontuais e voláteis do mercado de mineração mencionadas neste tópico, pode

se tornar necessário permitir uma dedutibilidade maior de juros em certos exercícios, o que seria refletido no nível de endividamento líquido do grupo como um todo.

Em todo caso, o Brasil, quanto a SELIC estiver acima de 5%, a regra de proporção fixa não deveria ser inferior a 30%.

Para ilustrar a diferença entre o método brasileiro de controle de subcapitalização e a Ação nº 4 do Plano do BEPS, veja-se o caso da Vale S/A, a partir das suas demonstrações financeiras do ano de 2020 (últimas disponíveis)³⁵³. Como visto, o Brasil adota três regras de limites presumidos: 2:1 em relação à participação societária da vinculada no exterior (limite individual), 2:1 em relação ao patrimônio líquido, quando a vinculada no exterior não possuir participação societária (limite individual), e 2:1 em relação à totalidade do endividamento com vinculadas no exterior versus as participações societárias das vinculadas (limite global).

O capital social da Vale no Brasil é de R\$ 77,3 bilhões. Por se tratar de empresa brasileira, suponha-se que 100% desse capital fosse controlado por uma empresa estrangeira, o que levaria à aplicação mais severa das regras de subcapitalização. Nessa situação hipotética, a dívida poderia ser de até R\$ 154,6 bilhões e os juros pagos seriam dedutíveis. As despesas com juros incorridas em virtude de dívida superior a isso teriam sua dedutibilidade glosada. Caso a taxa de juros fosse de 8% ao ano (padrão razoável, abaixo da SELIC e dos títulos soberanos brasileiros emitidos em dólar), seriam dedutíveis R\$ 12,36 bilhões de reais a título de despesas com juros.

Por outro lado, no mesmo ano de 2020, o EBITDA da Vale no Brasil foi de R\$ 87,34 bilhões. Se o Brasil aplicasse a Ação nº 4 do Plano BEPS, o percentual de equivalência de dedutibilidade no corredor da regra de proporção fixa seria de aproximadamente 14%. Abaixo disso, a aplicação da Ação nº 4 tornaria as regras brasileiras mais severas. Acima disso, mais favoráveis. No teto de 30%, seriam dedutíveis R\$ 26,2 bilhões de reais a título de despesas com juros, desconsiderando eventual critério de proporção do grupo multinacional, que poderia elevar as despesas dedutíveis.

³⁵³ Disponível em << http://www.vale.com/PT/investors/information-market/financial-statements/FinancialStatementsDocs/BRGAAP%204T20_Final_p.pdf >>. Acesso em 12.07.2022.

Valendo-se dos mesmos parâmetros, verifica-se que a CSN Mineração S/A possui R\$ 7,47 bilhões em capital social³⁵⁴. Supondo-se que 100% do seu capital fosse controlado por uma empresa estrangeira, a dívida hipotética poderia ser de até R\$ 14,94 bilhões e os juros pagos seriam dedutíveis. Adotando-se os mesmos 8% de taxa anual, ter-se-ia R\$ 1,95 bilhões de despesas dedutíveis com juros.

No mesmo exercício analisado (2021), o EBITDA da CSN Mineração foi de R\$ 9,45 bilhões. Nesse caso, a adoção da Ação nº 4 do Plano BEPS levaria a um percentual de equivalência de dedutibilidade no corredor da regra de proporção fixa de aproximadamente 20%. Acima disso, deduzir-se-ia mais despesas com juros e, abaixo disso, menos. No teto de 30%, a empresa poderia hipoteticamente deduzir R\$ 2,83 bilhões com despesas a esse título.

3.2. CONTROLE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Como visto, denomina-se controle de preços de transferência o conjunto de regras antielisivas específicas, que visam a evitar a erosão da base de cálculo dos tributos sobre a renda, mediante teste dos preços praticados em operações realizadas entre partes relacionadas e/ou quando uma das partes está sediada em país com tributação favorecida. O risco de elisão fiscal ocorre por meio de subfaturamento nas exportações ou superfaturamento nas importações. Aqui, interessa avaliar as regras pertinentes às exportações minerais, na medida em que a subvalorização dos minerais nesses casos pode gerar a transferência de lucros ao exterior.

É ainda muito relevante recordar, nesse ponto, a relevância vista no capítulo anterior que o imposto sobre a renda possui em todos os países mineradores investigados, inclusive e sobretudo no Brasil, como instrumento de captura das rendas minerais pelo seu titular.

Por isso, o controle de preços de transferência é fundamental na mineração, de tal sorte que não se atribua a outras jurisdições a contrapartida que deveria ser paga no Brasil. Isso é reforçado no caso brasileiro pelo fato de que a CFEM também se sujeita a controle de preços de transferência, adotando, por força da Lei nº 13.540/2017, a mesma regra atribuída a *commodities* para IRPJ e CSLL (PECEX).

³⁵⁴ Cf. << <https://ri.csnmineracao.com.br/servicos-ri/central-de-downloads/> >>. Acesso em 12.07.2022.

Nesse tópico, será investigado o documento intitulado *Monitoring the Value of Mineral Exports: Policy Options for Governments*, elaborado pelo IGF em conjunto com a OCDE. Antes, serão apresentadas considerações históricas sobre a posição geral da OCDE acerca do controle de preços de transferência.

a) O controle de preços de transferência sob a ótica da OCDE

Buscando a harmonização das legislações internas ao âmbito internacional, a OCDE editou o seu *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, cuja primeira versão foi apresentada em 1979 e a última em julho de 2017³⁵⁵. Nesse documento, a entidade apresenta sugestões de métodos baseados no princípio *arm's length*.

O mais importante para a mineração, como vastamente abordado nos países investigados, é o *Comparable Uncontrolled Price Method* (CUP). No Brasil, ele corresponde ao PVEx, e não ao PECEX. A diferença é que, no CUP/PVEx, as operações sujeitas a controle devem levar em consideração a média dos preços praticados (média aritmética ponderada) com partes não relacionadas, ao passo que, no PECEX, o contribuinte é obrigado a considerar as cotações internacionais, admitidos certos ajustes para que a comparabilidade seja mais fidedigna. Ocorre que nem sempre os ajustes são suficientes para a melhor comparação de preços, no que o princípio *arm's length* recomendaria adotar o PVEx.

O *Resale Price Method* constante dos *OECD Guidelines on Transfer Pricing* refere-se à técnica de decomposição do preço de revenda do bem objeto da operação, com aplicação de margem de lucro considerada razoável para cada tipo de produto/operação. Toma-se, assim, o preço final utilizado na operação de importação ou de exportação, e decompõe-se referido valor para se chegar ao que seria o preço aceito como sendo de livre mercado. No Brasil, corresponde ao PRL (Preço de Revenda menos Lucro), nas importações; e pelos PVA (Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro) e PVV (Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro), para as exportações.

O *Cost Plus Method* da OCDE (CPM) refere-se ao preço aceitável da operação em livre mercado a partir do preço de custo, acrescido de margem de lucro fixada pela norma

³⁵⁵ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD, Paris, 2017.

conforme o tipo de produto. Corresponde ao CPL (Custo de Produção mais Lucro) e ao CAP (Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro) no Brasil.

Os *OECD Guidelines on Transfer Pricing* recomendam dois outros métodos que não foram incorporados ao direito brasileiro. O *Profit Split Method* admite que, analisadas as situações em cada caso concreto, os lucros das empresas importadora e exportadora de uma dada operação sejam somados e atribuídos proporcionalmente entre elas para fins de tributação nos países importador e exportador. E o *Transactional Net Margin Method* garante a possibilidade de o contribuinte, em comum acordo com a Autoridade Fazendária e justificadas as situações peculiares da operação, fixar qual será a margem de lucro aceita para fins de controle dos preços de transferência³⁵⁶.

A Ação nº 10 do Plano BEPS, por sua vez, afirma que (i) o método CUP é, em regra, o mais apropriado para transações relativas a *commodities*; (ii) a cotação internacional de preços é compatível com o método CUP, desde que se admita a realização de ajustes de comparabilidade; e (iii) os ajustes de comparabilidade devem ser razoavelmente precisos, para garantir que as características economicamente relevantes das transações controladas e não controladas sejam suficientemente comparáveis. As características economicamente relevantes incluem, entre outras, as físicas e a qualidade da *commodity*; os termos contratuais da transação controlada, como volumes negociados, período dos acordos, prazo e prazos de entrega, transporte, seguro e a moeda estrangeira. Para algumas *commodities*, certas características economicamente relevantes (por exemplo, entrega imediata) podem levar a um prêmio ou desconto. Se o preço cotado for usado como referência para determinar o preço de mercado ou a faixa de preço, os contratos padronizados que estipulam especificações com base em quais *commodities* são negociadas em bolsa e que resultam em um preço cotado para a *commodity* podem ser relevantes. Quando houver diferenças entre as condições da transação controlada e as condições das transações não controladas ou as condições que determinam o preço cotado para a mercadoria, que afetem materialmente o preço das transações, devem ser feitos outros ajustes razoavelmente precisos que as transações são comparáveis.

³⁵⁶ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. Controvérsias sobre os métodos PCI e PECEX no controle dos preços de transferência das *commodities*. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

Sobre o conceito de *commodities*, a Ação nº 10 indica que se deve abranger produtos tangíveis para os quais um preço cotado internacionalmente possa ser usado como referência por partes independentes do setor para definir preços em transações não controladas. O termo “preço cotado” refere-se ao preço da *commodity* no período relevante, obtido em um mercado de bolsa de *commodities* internacional ou doméstico. Nesse contexto, um preço cotado também inclui preços obtidos de agências de estatísticas ou relatórios de preços reconhecidos e transparentes, ou de agências governamentais de fixação de preços, onde tais índices são usados como referência por partes não relacionadas para determinar preços em transações.

Recomendou-se, ainda, impedir que os contribuintes utilizem datas de precificação em contratos que permitam a adoção do preço cotado mais vantajoso. Ele permite que as autoridades fiscais imputem, sob certas condições, a data de embarque (ou qualquer outra data para a qual haja evidência disponível) como a data de precificação da mercadoria.

Em 2018, a OCDE e a Receita Federal comunicaram o início de um projeto conjunto para examinar as “semelhanças e divergências entre suas respectivas abordagens de preços de transferência para avaliar transações internacionais entre empresas vinculadas para fins tributários”³⁵⁷. Em 2019, apresentou-se um relatório elaborado como conclusão do projeto, pelo qual haveria “diferentes lacunas e divergências no sistema brasileiro de preços de transferência quando comparado ao padrão da OCDE”³⁵⁸. O ponto central das conclusões do documento consiste em que a opção brasileira por um regime preponderantemente marcado pela utilização de presunções e margens fixas decorreu de uma opção de política que privilegia a praticabilidade fiscal e a segurança jurídica, em detrimento do padrão *arm's length*.

Portanto, a garantia da primazia do padrão *arm's length* no Brasil foi incluída como ponto central a ser levado em consideração pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE ao analisar a candidatura do país à referida organização. As conclusões foram no sentido de que a adesão total ao padrão OCDE pelo Brasil seria recomendável, ainda que de forma gradual. Entre

³⁵⁷ Cf. << <https://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2019/dezembro/receita-federal-e-ocde-lancam-relatorio-conjunto-sobre-precos-de-transferencia/precos-de-transferencia-no-brasil-convergencia-para-o-padrao-ocde-folheto-1.pdf>. >>. Acesso em 12.07.2022.

³⁵⁸ Cf. << <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/precos-de-transferencia-no-brasil-convergencia-para-o-padrao-ocde-folheto.pdf> >>. Acesso em 12.07.2022.

os benefícios do alinhamento total, assinalou-se a facilitação do processo de acessão do Brasil à OCDE, além de melhorias em termos de evitar dupla tributação, redução de perdas de receita tributárias, segurança jurídica e integração do Brasil nas cadeias globais.

O relatório também apontou o distanciamento entre o PECEX e modelo adotado pela OCDE, embora reconheça que, por se pautar em comparabilidade de preços, haja alguma aderência ao método CUP (“*broadly in line with the OECD-recognised CUP method*”). Ocorre que os ajustes contemplados na legislação brasileira para o PECEX são insuficientes para se obter o padrão *arm’s length*, pois não capturam todas as circunstâncias economicamente relevantes. É ver trecho do relatório³⁵⁹:

Embora os métodos PCI e PECEX prevejam a possibilidade de fazer ajustes, tais ajustes são limitados aos especificados pela legislação e não levam em consideração a análise funcional de acordo com as Diretrizes da OCDE. [...] Esses ajustes permitidos não correspondem integralmente aos ajustes contemplados pelo método CUP reconhecido pela OCDE, que permite quaisquer ajustes razoavelmente precisos para eliminar os efeitos materiais das diferenças entre as transações que estão sendo comparadas ou entre as empresas que realizam essas transações. Essa lacuna no escopo dos ajustes foi apontada como uma preocupação pelas empresas. De fato, embora tendo em conta alguns aspetos relevantes, os ajustes permitidos não permitiriam refletir todas as características relevantes, tais como termos contratuais, perfis funcionais e de risco das partes na transação e outras circunstâncias econômicas relevantes. Portanto, pode-se concluir que, embora amplamente alinhados com o método CUP reconhecido pela OCDE, os métodos PCI e PECEX são menos flexíveis do que os previstos nas Diretrizes da OCDE, porque os ajustes permitidos podem não capturar totalmente todas as circunstâncias econômicas relevantes. – (tradução livre).

A recomendação da OCDE, no relatório elaborado com a RFB, é que o Brasil adote o método CUP para *commodities*, admitindo uma ampla gama de ajustes, para que se possa efetuar

³⁵⁹ “Even though the PCI and PECEX methods provide for the possibility to make adjustments, such adjustments are limited to those specified by the legislation and make no consideration of the functional analysis according to the OECD Guidelines. (...) These permitted adjustments do not fully correspond to the adjustments contemplated by the OECD-recognised CUP method, which allows any reasonably accurate adjustments to eliminate the material effects of the differences between the transactions being compared or between the enterprises undertaking those transactions. This gap in the scope of the adjustments have been raised as a concern by business. In fact, although taking into account some relevant aspects, the permitted adjustments would not allow to reflect all the relevant characteristics, such as contractual terms, functional and risk profiles of the parties to the transaction and other relevant economic circumstances. Hence, it may be concluded that, although broadly in line with the OECD- recognised CUP method, the PCI and PECEX methods are less flexible than provided in the OECD Guidelines because the permitted adjustments may not fully capture all relevant economic circumstances.” Cf. << www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf. >>. Acesso em 12.07.2022. Texto original.

a devida comparabilidade de preços. No método CUP, o preço parâmetro para *commodities* pode ser determinado por referência a transações não controladas comparáveis e por referência a acordos não controlados comparáveis, ou seja, cotação internacional de preços. No PECEX, por outro lado, utiliza-se apenas a cotação. As características economicamente relevantes, que devem ser objeto de ajustes na apuração do preço parâmetro, incluem, entre outras, as características físicas e a qualidade da mercadoria; os termos contratuais da operação controlada, tais como volumes negociados, período, o prazo e os termos de entrega, transporte, seguro e a moeda estrangeira. Para algumas *commodities*, certas características economicamente relevantes (por exemplo, pronta entrega) podem levar a um prêmio ou desconto.

Por outro lado, no PECEX, apenas se admitem ajustes relativos aos termos de pagamento; quantidade negociada; impacto das condições climáticas sobre as características das mercadorias; intermediação; custos de funções desempenhadas por pessoas jurídicas não relacionadas; embalagem; e frete e seguro. Há uma limitação, enquanto, no método CUP, não há. Um item que regularmente gera problemas na apuração do PECEX – e que não geraria no CUP – são os ajustes de preço na exportação mineral, decorrentes de variação (positiva ou negativa) de cotação. A rigor, isso não é prêmio, tampouco ajustes de preço decorrentes de qualidade ou outros fatores autorizados expressamente. Trata-se da definição do preço da transação, que ocorre em duas fases: um preço provisório, na emissão da nota fiscal de exportação, e o definitivo, quando o comprado, naquele momento, aplica a cotação do dia, e paga o exportador. O PECEX não é suficientemente claro, por exemplo nesse aspecto, para mensurar o preço parâmetro.

Por fim, deve-se ressaltar a recomendação da OCDE de que sejam viabilizados, no Brasil, os *Advance Pricing Arrangements* (APAs), que, como visto, são acordos para estabelecer, antecipadamente, o preço parâmetro que será considerado pelo contribuinte, com a chancela fiscal. Em outubro de 1999, a OCDE publicou uma atualização às suas diretrizes sobre o tema, que fornece orientações sobre a condução de acordos antecipados de preços sob o procedimento de acordo mútuo (APAs). Um APA é um acordo prévio, entre Fisco e contribuinte, com o objetivo de evitar disputas sobre preços de transferência, determinando critérios para aplicar o princípio *arm's length*. A OCDE afirma que, "sempre que possível, um APA deve ser concluído em base bilateral ou multilateral entre autoridades competentes por meio do procedimento de

acordo mútuo do tratado relevante". No relatório com a RFB, a OCDE afirma que, para implementar o APA, o Brasil deveria observar a uniformização de procedimentos entre as diversas delegacias fiscais³⁶⁰:

4.2.6. Ausência de acordos de preços antecipados

400. O Brasil não possui um programa APA em vigor, o que significa que atualmente não há procedimento para que um contribuinte possa celebrar um APA unilateral, bilateral ou multilateral com as autoridades fiscais.

401. Para o Brasil implementar um programa de APA, precisaria editar uma disposição legal específica fornecendo os limites e condições sob as quais as autoridades fiscais brasileiras podem negociar APAs (unilaterais, bilaterais ou multilaterais) com os contribuintes.

402. Além disso, mesmo com a promulgação de um dispositivo legal específico, ainda seria difícil concluir APAs bilaterais considerando que as jurisdições efetivas aplicarão diferentes padrões e princípios em muitos casos.

É possível, caso o Brasil pretenda prosseguir com seu pleito de se tornar membro da OCDE, que haja as adequações mencionadas em relação ao PECEX e a introdução de APAs, que certamente contribuiriam para reduzir a insegurança jurídica na matéria, desde que bem implementados.

Em 2017, 39 países noticiaram a implementação de APAs, inclusive Austrália e Peru, dos países analisados. Na Austrália, adota-se um prazo máximo de 5 anos para o acordo, podendo ser renovado, sendo que, no pedido o contribuinte deve indicar: (i) condições *arm's length* relevantes para as transações transfronteiriças; (ii) método proposto; (iii) resultado esperado do método proposto; (iv) justificativa. No Peru, por sua vez, o prazo máximo é de 4 anos, podendo ser renovado, e o pedido deve conter: (i) descrição das transações entre o contribuinte e a entidade relacionada; (ii) descrição detalhada das funções e atividades realizadas pelo contribuinte e partes relacionadas, incluindo a descrição dos ativos detidos e os riscos suportados

³⁶⁰ “4.2.6. Absence of advance pricing arrangements

400. Brazil does not have an APA programme in place, meaning there is currently no procedure under which a taxpayer may enter into a unilateral, bilateral or multilateral APA with the tax authorities.

401. For Brazil to implement an APA programme, it would need to enact a specific legal provision providing the limits and conditions under which the Brazilian tax authorities competent authorities can negotiate APAs (unilateral, bilateral, or multilateral) with taxpayers.

402. In addition, even with the enactment of a specific legal provision, it would still be difficult to conclude bilateral APAs considering that the effective jurisdictions will apply different standards and principles in many cases.” Cf. << www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf. >>. Acesso em 12.07.2022. Texto original.

por cada uma das partes; (iii) método proposto; (iv) informações sobre transações ou empresas comparáveis, indicando os ajustes razoáveis feitos para eliminar diferenças³⁶¹.

a) Orientações do IGF e da OCDE para monitorar o valor dos minerais exportados

Na mineração, como o imposto de renda e alguns *royalties* incidem sobre o lucro líquido, que é determinado, de um lado, pela receita bruta operacional da operação. Essa, por sua vez, decorre do *preço* do mineral, multiplicado pelo volume. O preço pode ser o preço de venda real recebido ou o preço cotado relevante (por exemplo para fins de aplicação do PECEX).

Consequentemente, para aplicar adequadamente as regras de controle de preços de transferência, sabendo comparar “laranjas com laranjas” e “maçãs com maçãs”, como diz a sabedoria popular, as autoridades fiscais precisam compreender as características intrínsecas do bem mineral vendido e como precificá-lo ou como comparar seu preço com o de outro bem, idêntico ou suficientemente similar.

Por exemplo, do ponto de vista da NCM, minério de ferro assim o é em quase todas as suas possíveis especificações comerciais: seja ele em estado bruto, concentrado (*pellet feed* ou *sínter feed*) ou mesmo o *sínter* e certas pelotas de minério de ferro. A variação de preço entre os referidos estados ou especificações comerciais é enorme, porque, para cada um deles, é necessário um processo produtivo específico, com maior ou menor custo, que lhe atribui maior ou menor valor de mercado. Isso ocorre com a maior parte dos minerais, sobretudo os metálicos. Daí que o Fisco não possa simplesmente desconsiderar essas variações, sob pena de perder receita ao não fiscalizar corretamente as regras de preços de transferência, ou de exigir do contribuinte valores abusivos, que violem sua capacidade contributiva.

Outra situação comum na mineração é a exportação de um mineral de interesse (cobre, por exemplo), mas que é associado fisicamente a partículas de ouro e prata. Comercialmente, celebra-se contrato de exportação de cobre, mas, no preço, paga-se também pela prata e pelo ouro. Naturalmente, essa situação deve ensejar controle específico de preços de transferência, estando presentes seus pressupostos, mas, para tanto, a autoridade fiscal precisa conhecer a precificação do cobre e entender algo sobre a parte técnica da mineração.

³⁶¹ DLA PIPER. *APA & MAP Country Guide 2017: Managing uncertainty in the new tax environment*. Disponível em << https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2017/05/APA_MAP_Guide_2017.pdf >>. Acesso em 12.07.2022.

Por isso, determinar essas questões nem sempre é tarefa simples. Conforme o relatório *Monitoring the Value of Mineral Exports*, elaborado pelo IGF em parceria com a OCDE, a complexidade da determinação e fiscalização dos preços dos minerais decorre do seguinte: (i) diferentes etapas de beneficiamento mineral, (ii) falta de preços cotados publicamente para alguns minerais, (iii) necessários ajustes com base na qualidade ou grau do produto, (iv) deduções para custos de transporte e seguro, dentre outros fatores, que como visto, determinam a apuração do método CUP e do PECEX.

O objetivo declarado do referido relatório, que se passa a comentar, é aumentar o conhecimento dos formuladores de políticas públicas sobre o processo de determinação do valor dos minerais exportados. O foco é determinar o valor (ou qualidade) das exportações minerais, não a quantidade. Embora exista o risco de as empresas subestimarem ambos, a verificação do valor dos minerais é mais complexa e requer mais conhecimento técnico. Além disso, a maioria dos governos adotam medidas para verificar a quantidade – por exemplo, levantamentos preliminares para calcular o peso de um navio que transporta minerais para exportação – enquanto faltam habilidades, conhecimentos e instalações para monitorar o valor mineral.

O relatório então estabelece três opções de políticas públicas para melhorar a supervisão governamental da avaliação de exportação de produtos minerais: (i) a mensuração direta do valor mineral, (ii) o monitoramento dos processos de avaliação das exportações minerais das próprias empresas e (iii) uma abordagem híbrida. O objetivo é que as autoridades fiscais estejam preparadas para tomar decisões informadas sobre a melhor forma de monitorar o valor das exportações de minerais.

A partir disso, o relatório detalha três etapas no processo de avaliação de exportação: (1) a amostragem, que consiste na extração de uma amostra representativa do material contido em um transportador (por exemplo, um navio ou trem) para entrega ao cliente; (2) a preparação da amostra, que é a sua trituração e pulverização da amostra para teste analítico; e (3) a análise, mediante a qual se determina a qualidade e a composição dos produtos minerais exportados.

A primeira das três opções de políticas públicas para melhorar a supervisão governamental da avaliação de exportação de produtos minerais é a *mensuração direta* do valor mineral. Para tanto, os governos precisam construir seus próprios laboratórios. Para que os

resultados sejam confiáveis, o laboratório deve adotar o padrão ISO/IEC 17025:2017, garantindo que a posição do governo seja defensável diante de análises conflitantes. A experiência sugere que, se as análises do governo forem diferentes das da empresa e a divergência for levada aos tribunais, a decisão tende a favorecer o lado com análise credenciada pela ISO.

A segunda das opções consiste em *monitorar a avaliação das exportações das próprias empresas*. O relatório demonstra que existe uma variação considerável nas abordagens dos países para a avaliação das exportações. Alguns insistem na medição direta do governo de toda a produção, o que requer considerável conhecimento em mineralogia e técnicas de amostragem, bem como equipamentos de medição caros. Outros exercem uma supervisão limitada e confiam na precisão das medições e documentação da empresa. Países como Austrália, África do Sul e Canadá não realizam nenhum teste mineral direto; em vez disso, deixam essa responsabilidade para as empresas. Em vez de o governo assumir as responsabilidades pela avaliação de exportações, particularmente no caso de grandes empresas multinacionais onde o risco pode ser menor, uma alternativa seria monitorar o desempenho das empresas de suas próprias obrigações de avaliação de exportação. Muitas empresas realizam amostragem e testes internamente ou contratam empresas de inspeção privadas para fazê-lo. Os governos podem auditar regularmente os sistemas e controles de avaliação de exportação das mineradoras, incluindo processos de amostragem, bem como monitorar fisicamente e testar equipamentos de medição.

A última opção é a *abordagem híbrida*. A auditoria dos processos de avaliação dos bens minerais exportados funciona melhor se estiver de acordo com os padrões globais ou usar uma empresa de inspeção credenciada, o que leva a uma maior credibilidade nos resultados. Uma das principais razões pelas quais os governos da Austrália, África do Sul e Canadá confiam na fidedignidade das declarações das empresas é porque exigem que elas cumpram um padrão para amostragem e análise de minerais. No entanto, algumas empresas podem apresentar alto risco, incluindo a não implementação de padrões acreditados internacionalmente, caso em que o governo pode se reservar o direito de realizar medições diretas em circunstâncias limitadas. Daí se chamar essa opção de abordagem híbrida.

Como conclusão, é importante que tanto as empresas quanto as autoridades fiscais tenham em mente que a comparabilidade de preços na mineração, para determinar o preço parâmetro (CUP ou PECEX), é tarefa complexa e altamente técnica. Portanto, para que as fazendas públicas em geral possam fiscalizar corretamente o controle de preços de transferência na mineração, é preciso avaliar cuidadosamente a criação de uma área especializada no assunto, que disponha da infraestrutura necessária à realização de testes ou de auditoria de testes sobre as características do mineral exportado.

4. CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DA TRIBUTAÇÃO MINERAL BRASILEIRA

Neste trabalho, foram avaliados os principais tópicos da tributação mineral no Brasil, seu histórico desde a vinda dos portugueses, passando por todas as constituições, até delimitar o tema na Constituição de 1988. Nesse ponto, foram detalhados (i) o regime constitucional tributário e financeiro da mineração, (ii) e os principais problemas das imposições fiscais sobre o setor mineral em todas as esferas federativas: federal, estadual e municipal.

Passou-se então a enfrentar a tributação mineral na experiência estrangeira, a partir da ótica do Chile, Peru, África do Sul, Botswana e Austrália. No caso australiano, por se tratar de uma federação com competências fiscais muito importantes determinadas aos Estados, analisou-se os dois principais Estados onde a mineração é exercida: Western Australia e Queensland.

Finalmente, abordou-se tópicos de tributação internacional relevantes para a elaboração de uma adequada política tributária sobre a mineração no Brasil, a partir de documentos da OCDE e do IGF, sobretudo no que se refere ao controle de subcapitalização e de preços de transferência.

Com isso, pode-se realizar uma síntese conclusiva do trabalho, para em seguida serem apresentadas as proposições para o aperfeiçoamento da tributação mineral brasileira.

4.1. SÍNTESE CONCLUSIVA

01. A maldição dos recursos minerais não é um destino obrigatório. Para que não ocorra, as experiências dos países analisados demonstraram ser necessário (a) um regime de imposições fiscais sobre a mineração que remunere adequadamente o seu titular, podendo variar, em média, de 30% a 50% do lucro da mineradora, sem inibir, por outro lado, investimentos estrangeiros, num cenário de competição global pela sua atração, garantindo segurança jurídica; (b) adequada partilha federativa da receita pública obtida com a mineração, favorecendo que, em estados federais, ao menos 55% dos recursos sejam destinados ao local da operação, evitando que os entes locais, por se sentirem pouco remunerados, criem instrumentos onerosos e de constitucionalidade duvidosa sobre o setor – vide a TFRM –, inibindo investimentos e gerando insegurança jurídica; (c) boa governança, com instituições sólidas e amadurecidas, que vejam a mineração como necessária e que se disponham a tratá-la como determina a Constituição, ou seja, atividade de interesse nacional; (d) poupança intergeracional – notadamente por meio de fundos, como é o caso do Chile e de Botswana –, bem como investimentos em infraestrutura, saúde, educação, tecnologia e diversificação econômica; (e) controle dos gastos públicos, para que não se percam os recursos da mineração em corrupção e evitando que sejam mal gastos.

02. O Brasil não parece sofrer com a maldição dos recursos minerais: a carga tributária brasileira sobre a mineração é uma das maiores do mundo. De todos os países investigados, apenas o Peru demonstra ter uma carga superior à praticada no Brasil. Estudo da EY, amplamente abordado no trabalho, demonstra que o Brasil possui a maior carga fiscal do mundo sobre minério de ferro, manganês, bauxita e nióbio; a segunda carga fiscal mais elevada sobre chumbo, zinco, magnesita, potássio, níquel, fosfato e cobre; e a terceira mais forte sobre ouro.

03. Prova de que não há maldição de recursos minerais, o setor mineral brasileiro é fortemente encadeado com outros setores da economia, notadamente o agronegócio, a construção civil, a infraestrutura, a indústria siderúrgica e de transformação e, principalmente, a enorme cadeia de serviços voltada à mineração, o que afasta a hipótese de “enclave”, sustentada por Auty, indicando ainda que se geram, em todos esses segmentos voltados à mineração, milhões de

empregos (227.838 diretamente na extração mineral, 7.21 milhões na indústria de transformação, 2 milhões na construção civil e 1.47 milhão no agronegócio, afóra os empregos de serviços, que não podem ser computados aqui porque não há dados disponíveis – os demais setores dependem umbilicalmente da mineração nacional, então foram considerados em sua totalidade).

04. Isso significa que há vultosos recursos sendo arrecadados das empresas de mineração e que o problema não é, necessariamente, o volume da carga, e sim (i) a sua distribuição federativa, na medida em que concentra excessivamente recursos de IRPJ, de CSLL e da CFEM na União, em detrimento dos Estados e Municípios – mais de 60% das rendas minerais são destinadas à União, ao passo que, na Austrália, esse é o percentual destinado aos Estados; e (ii) a complexa e obsoleta estrutura de composições fiscais, com número elevado de tributos e *royalties*, repletos de problemas e inconstitucionalidades, o que gera contencioso, compromete a arrecadação e afugenta investimentos, que poderiam ser direcionados para o florescimento do potencial brasileiro no setor mineral.

05. A hipótese sobre a existência de um regime jurídico tributário e financeiro para a obtenção de receitas públicas a partir dos recursos minerais, determinado Constituição de 1988, se confirmou. A CRFB/1988 prevê dois mecanismos *diretos* de monetização de recursos minerais, que se relacionam: os *royalties*, de natureza não tributária, e o ICMS. O primeiro (art. 20, § 1º) é o principal mecanismo constitucional para monetizar recursos minerais e devolvê-los na forma de direitos fundamentais à sociedade. O segundo foi o único imposto, com fins predominantemente arrecadatórios, eleito para gravar especificamente operações com minerais (art. 155, § 3º, da CRFB/1988).

Considerando que os *royalties* são cobrados pelo ente nacional (União), mas com obrigatoriedade de transferência de receitas para Estados e Municípios, bem como pelo fato de o ICMS ser imposto estadual com exclusividade na incidência sobre operações com minerais e por ser compartilhado com os Municípios, é claro o aspecto federativo do mecanismo de monetização de recursos minerais.

Parece ter sido desejo do constituinte que houvesse a conjugação desses dois instrumentos fiscais sobre a mineração: um de natureza patrimonial, imune à regra da não afetação (art. 167, IV, da CRFB/1988), podendo ser destinado a fundos e a todo um sistema de

vinculações orçamentárias; e outro, de natureza tributária, imposto estadual com incidência exclusiva sobre operações envolvendo minerais, compartilhado com Municípios, e que pode ser utilizado para custear gastos gerais, sem vinculação orçamentária.

Trata-se de um desenho inteligente, que representa a possibilidade de financiamento adequado dos entes locais, mais próximos da atividade minerária, pensado do ponto de vista emergencial (gastos imediatos com a geração presente) e intergeracional (possibilidade de se criar sistema de vinculações e fundos para os *royalties*).

06. A desoneração do ICMS nas exportações minerais (Lei Complementar nº 87/1996 e Emenda Constitucional nº 42/2003) não implica o esvaziamento do objetivo constitucional de que o imposto estadual seja instrumento de monetização de recursos minerais para Estados e Municípios. Isso porque a mineração brasileira é ampla, abarcando ao menos 55 substâncias, sendo muitas delas comercializadas exclusivamente no mercado nacional, como os agregados para construção civil, calcário, água mineral, dentre outros. As *commodities* minerais presentes na pauta de exportação, por sua vez, também são vendidas no mercado interno, como o minério de ferro, o nióbio, o níquel etc., que são consumidos pela indústria nacional. Dessa forma, há efetiva arrecadação de ICMS sobre operações com minerais, ao lado dos *royalties* (que incidem mesmo em exportações) cumprindo o desígnio constitucional relativo ao mecanismo de monetização de recursos minerais, carreando recursos sobretudo aos cofres estaduais e municipais.

Prova disso é que, no exercício de 2021, apenas a Vale S/A informa ter recolhido US\$ 2,055 bilhões de ICMS aos Estados brasileiros, o que representa aproximadamente R\$ 11,2 bilhões de reais, assumindo o dólar a R\$ 5,44 (o que certamente inclui ICMS-DIFAL na compra de imobilizado e bens de uso e consumo, ICMS-Importação e ICMS-ST sobre energia elétrica, mas que não prejudica o argumento). Esse valor é muito superior inclusive ao valor recolhido pela mesma empresa, no mesmo ano, a título de taxas estaduais sobre a mineração (US\$ 127 milhões ou R\$ 690,9 milhões), destinadas igualmente aos Estados.

07. O regime jurídico das receitas públicas auferidas a partir de recursos minerais é mais complexo, envolvendo ainda os instrumentos indiretos ou não expressamente contemplados na CRFB/1988 com esse fim. É o caso dos tributos incidentes sobre a renda (IRPJ e CSLL),

sobre o patrimônio (ITR e IPTU) e as taxas. Todos com especificidades relativas à espécie de recurso investigada, notadamente os tributos incidentes sobre a renda.

08. Regra de competência para a criação da CFEM: o § 1º, do art. 20 da CRFB/1988 criou uma regra de competência, que, por meio de reserva de lei, outorga ao Poder Legislativo uma opção (A ou B), para instituir uma participação no resultado da exploração mineral (A) ou respectiva compensação financeira (B). Sendo uma opção, ela é limitada pelos contornos do que se pode optar por instituir. Isso significa três coisas: (1) Participação no resultado da exploração mineral não é a mesma coisa que compensação financeira. Se fosse, não haveria efetiva opção ao Poder Legislativo; (2) Logo, a participação no resultado da exploração mineral e a compensação financeira possuem traços conceituais rígidos, denotando conceitos definidos pela própria Constituição, e não tipos; (3) O Poder Legislativo, se pode escolher entre a participação no resultado e a compensação financeira, deve obediência aos limites constitucionais impostos pelos seus respectivos conceitos. Seria diferente, por exemplo, se a Constituição dissesse ser assegurada, nos termos da lei, contrapartida pela exploração mineral. A expressão contrapartida, aberta e indeterminada, seria uma verdadeira “carta em branco” ao legislador, que poderia criar, nos limites do razoável e do proporcional, a exação que quisesse. Mas não foi isso o que ocorreu. A CRFB/1988 especificou os dois institutos cuja edição autorizou e, ao fazê-lo, delimitou conceitualmente seus contornos.

09. Na forma das Leis nº 7.990/1989, 8.001/1990 e 13.540/2017, a CFEM incide sobre o resultado da exploração mineral, conforme decidiu o STF no RE nº 228.800/DF. Nesse julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence apresentou, sobre o conteúdo da competência outorgada à União, um paralelo entre a CFEM e a Participação do Superficial, prevista no art. 176, § 2º, da CRFB/1988, afirmando que “exploração mineral” equivale à “lavra mineral”. Esse esclarecimento foi importante, tendo em vista que, em mineração, a exploração corresponde, no rigor técnico, à pesquisa mineral. Como não é coerente com a norma do art. 20, § 1º cobrar CFEM nessa fase, o Ministro acertou ao compreender que o sentido da norma está fundado no conceito de lavra mineral.

O conceito de lavra mineral foi positivado no ordenamento jurídico antes da promulgação da CRFB/1988, tendo sido por ela pressuposto. Trata-se do art. 36, do Código de

Mineração, pelo qual a lavra corresponde ao conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais até a última etapa do beneficiamento, logo, antes da transformação industrial. Sendo esse o conceito de lavra mineral, e considerando que o art. 20, § 1º da CRFB/1988 encontra seus limites nesse conceito, conclui-se que referida norma proibiu sua incidência sobre qualquer grandeza incorrida após a última etapa do beneficiamento mineral, que é quando termina a lavra.

A opção constitucional é acertada. Seria teratológico instituir uma contrapartida financeira pelo aproveitamento de recurso mineral a partir de grandeza mensurada sobre algo que não é minério, tais como produtos metalúrgicos ou siderúrgicos, bem como as despesas logísticas, inclusive com frete e seguro, incorridas na venda do produto acabado, isto é, após encerrado o beneficiamento mineral, e com os tributos que compõem o faturamento. Por outro lado, o “resultado” que a CRFB/1988 determina ser base de cálculo da CFEM somente pode ser aquele efetivamente realizado pelo minerador. Não é admissível que o *royalty* seja calculado sobre aproveitamento econômico inexistente ou fictício, sob pena de se frustrar seu motivo constitucional.

10. Problemas relativos à CFEM – Alíquotas: as alíquotas da CFEM foram definidas de modo pouco transparente. Algumas substâncias, como minério de ferro, diamante e pedras preciosas, possuem alíquota mais altas, no que se pode entender que o legislador presumiu que as transações envolvendo essas substâncias revelem maior capacidade contributiva. Ao passo que operações com agregados para a construção civil e águas minerais possuem alíquotas mais baixas, no que também se infere uma possível intenção de reduzir a exação para transações presumidamente de menor conteúdo econômico. Ou seja, trata-se de uma aparente lógica de justiça fiscal. Mas há mineradores de ferro de pequeno porte, e grandes empresas comercializadoras de agregados para a construção civil e água mineral, por exemplo, o que faz com que a lógica de justiça fiscal seja pouco eficiente da forma como proposta. Parece clara também a preocupação do legislador com o efeito da CFEM em bens e serviços essenciais, denotando possível seletividade pelo critério da essencialidade. Mas, nesse caso, não há diferença entre os agregados para a construção civil e o minério de ferro comercializado para a siderurgia nacional, apenas para citar um caso, porque ambos repercutirão no preço da construção civil.

Seria mais adequado adotar alíquotas progressivas sobre o lucro da mineradora, conforme será proposto ao final deste trabalho, mantendo-se uma alíquota mínima sobre receita, uma vez que o prejuízo do minerador, em dada competência, não lhe pode imunizar de pagar a contrapartida pelo uso econômico do bem mineral. Isso estaria alinhado às práticas internacionais mais modernas, adotando-se um *profit-based royalty*, como feito no Chile e no Peru.

11. Problemas relativos à CFEM – Base de cálculo (Lei nº 13.540/2017): tendo em vista que o art. 20, § 1º da CRFB/1988 limita a competência para a criação e cobrança da CFEM ao conceito de “resultado da exploração mineral”, que equivale a “resultado da lavra”, proibindo sua incidência sobre qualquer grandeza incorrida após a última etapa do beneficiamento mineral, fica claro que a Lei nº 13.540/2017, ao vedar a dedução das despesas com frete e seguro na comercialização do produto mineral, imputando o *royalty* mineral não apenas sobre o valor do minério, mas sobre tais despesas adicionais de logística de venda, afronta a CRFB/1988. Igualmente, a Lei nº 13.540/2017 é inconstitucional ao estabelecer outra base no consumo que não o custo de produção, que é o único resultado realizado pelo minerador apto a servir de base, sob pena se calcular o *royalty* sobre bases fictícias e resultado não realizado, além de ser inconstitucional a aplicação do PECEX em quaisquer exportações, mesmo para empresas não vinculadas, pelo mesmo fundamento. Ademais, sendo a TFRM tributo incidente sobre a venda do minério, é imperativa a sua dedução na base de cálculo da CFEM.

12. Tributação federal: a Lei nº 12.715/2012, ao introduzir o método PECEX, foi lacônica no que concerne à definição de *commodities*, o que representa o principal obstáculo à aplicação dessa aparente evolução legislativa. Afinal, se o próprio objeto de incidência da norma é obscuro, naturalmente que sua aplicação encontrará obstáculos na insegurança jurídica. De todo modo, nos termos do § 9º do art. 19 da Lei nº 9.430/1996, o PECEX é obrigatório na hipótese de exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Isso implica dizer que, na ausência de cotação em bolsa, a aplicação desse método não é impositiva. O § 5º do art. 19-A da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, estabeleceu a faculdade de o contribuinte utilizar o PECEX nas hipóteses em que não houver cotação em bolsa para a mercadoria transacionada. Nesses casos, o contribuinte poderia se valer dos preços públicos fornecidos pelas instituições de pesquisas setoriais ou aqueles definidos por

agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União. A conclusão de que se trata de uma permissão decorre do emprego do verbo poder pelo § 5º do art. 19-A, a revelar uma faculdade do contribuinte.

Ante a ausência de clareza normativa sobre o próprio conceito objeto da norma, a Instrução Normativa RFB nº 1.870/2019 dispôs que a aplicação do PECEX seria impositiva quando, cumulativamente, o bem transacionado estiver listado no Anexo I e tenha cotação em uma das instituições listadas nos Anexos II ou III, da Instrução Normativa nº 1.312/2012. Essa conceituação tem gerado insegurança jurídica, porque ultrapassa os limites impostos pela Lei nº 12.715/2012. Há vício de legalidade, na medida em que se estabeleceu a obrigatoriedade de aplicação do PECEX mesmo quando a mercadoria não dispuser de cotação em bolsa de mercadorias e futuros. O ideal, como será proposto adiante, seria que o contribuinte pudesse, livremente, escolher entre o PECEX e o PVEx, que melhor traduz o método CUP, da OCDE, com todos os possíveis ajustes de comparabilidade de preços e/ou celebrasse os acordos de precificação antecipada (APAs), garantindo segurança jurídica quanto aos critérios de controle de preços de transferência.

13. Tributação federal: apenas com a publicação da Medida Provisória nº 472/2009, convertida na Lei nº 12.249/2010, o Brasil passou a ter controle específico de subcapitalização. Estabeleceu-se limites presumidos, favorecendo a praticabilidade fiscal: 2:1 em relação à participação societária da vinculada no exterior (limite individual), 2:1 em relação ao patrimônio líquido, quando a vinculada no exterior não possuir participação societária (limite individual), e 2:1 em relação à totalidade do endividamento com vinculadas no exterior versus as participações societárias das vinculadas (limite global). Trata-se de regra menos restritiva do que a utilizada na Austrália (1,5:1), ao passo que a tendência global é pela adoção da Ação nº 4 do Plano BEPS. No exemplo hipotético com dados das demonstrações financeiras da Vale S/A de 2020, verifica-se que a regra de proporção fixa da Ação nº 4 permitiria maior dedutibilidade de juros a partir do percentual de 14%, no corredor recomendado de 10% a 30%; no exemplo da CSN, o percentual seria de 20%.

Isso demonstra que as regras brasileiras atuais são severas, possivelmente desrespeitando a capacidade contributiva das empresas investidas e desconsiderando critérios

razoáveis que podem justificar, na mineração, um endividamento mais elevado, como visto no capítulo específico sobre as recomendações do IGF e da OCDE sobre a ação em comento.

14. Tributação estadual – desoneração do ICMS nas exportações: a EC nº 42/2003 não só imunizou integralmente as exportações da incidência do ICMS, como garantiu (i) a manutenção e (ii) o aproveitamento dos créditos acumulados em decorrência das operações e prestações anteriores. O art. 25, § 1º, da Lei Kandir dispõe da mesma forma. Por ser uma garantia constitucional, reforçada por lei complementar, trata-se de norma de eficácia plena, não demandando regulamentação local e que não pode sofrer qualquer tipo de restrição quanto à sua aplicação.

Ou seja, a CRFB/1988 consagrou o princípio do país de destino de maneira indiscriminada e generosa, como meio para garantir a neutralidade fiscal e a isonomia. Segundo esse princípio, as transações internacionais devem ser tributadas apenas no país de destino, desonerando a exportação por completo, mesmo se seu objeto forem *commodities* minerais. Ocorre que os principais Estados exportadores brasileiros exigem burocrático processo de autorização prévia para o aproveitamento dos créditos acumulados; todos impedem a compensação dos créditos acumulados com o ICMS devido por substituição tributária; 60% dos Estados criaram algum embaraço à compensação dos créditos com o ICMS-Importação; 90% dos Estados impedem, de alguma forma, a compensação dos créditos com o ICMS-DIFAL (diferencial de alíquotas); 50% dos Estados limitam o montante do crédito acumulado passível de aproveitamento em cada competência pelo exportador; e 40% exigem que o exportador – e por vezes o adquirente do crédito – não possua qualquer débito no Estado, incluindo os débitos com exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

A inconstitucionalidade e a ilegalidade dessas normas têm levado o STJ a afirmar o caráter autoaplicável do art. 25, § 1º, da Lei Kandir, que não pode ser limitado por norma local. Esse cenário causa graves problemas à competitividade do exportador brasileiro, eis que o tempo médio de restituição do Imposto sobre Valor Agregado (IVA), em trinta e seis países analisados, vai de apenas um dia a três meses, a partir da data de apropriação dos respectivos créditos, sendo mais comum o prazo de trinta dias.

Por isso, são razoáveis as recomendações da CNI, de (i) afastamento das restrições inconstitucionais e ilegais de compensação dos créditos acumulados nas exportações com determinados débitos de ICMS, notadamente ICMS-ST, DIFAL e ICMS-Importação; (ii) inclusão na Lei Kandir de dispositivos mais claros sobre os limites das atuações dos estados na regulamentação do direito à utilização e transferência dos créditos acumulados. Adicionalmente, a supressão, nas legislações estaduais, das restrições ilegais impostas ao aproveitamento dos créditos, tais como a necessidade de autorização pela autoridade competente e a limitação de valores; e (iii) ampliação das formas de utilização dos créditos acumulados, com a inclusão da possibilidade de transferência para empresas interdependentes e para pagamento de débitos constituídos via lançamento fiscal e para pagamento de fornecedores na aquisição de insumos, máquinas e equipamentos.

15. Tributação estadual – Taxas de fiscalização de recursos minerais (TFRM): as TFRM, criadas por Minas Gerais (Lei nº 19.976/2011), Pará (Lei nº 7.591/2011), Amapá (Lei nº 1.613/2011), Goiás (Lei nº 20.942/2020) e Mato Grosso do Sul (Lei nº 4.301/2012), são inconstitucionais, tanto porque os Estados não possuem competência para criar uma participação no resultado da exploração mineral, que é privativa da União nos termos do art. 20, § 1º, da CRFB/1988, tendo isso sido feito na modalidade de um *specific* ou *unit-based royalty*, como porque a base de cálculo é inapropriada para uma taxa, por ser típica de imposto (mensura apenas um dado da vida do contribuinte, sem relação direta com o custo da fiscalização estatal, nos termos da segunda fase da jurisprudência do STF sobre o tema), revelando desproporção orçamentária acima de qualquer patamar razoável (terceira fase da jurisprudência do STF a respeito das taxas).

A criação dessas taxas parece se tratar de fenômeno intrinsecamente relacionado à crise do federalismo fiscal brasileiro, uma vez que os Estados mineradores, em frágil situação financeira e sem a devida compensação em virtude da perda dos recursos do ICMS nas exportações a partir da Lei Kandir, bem como sem a adequada distribuição da CFEM – como visto na comparação com os Estados australianos –, precisaram recorrer a expedientes inconstitucionais para remediar o problema. A solução, além da necessária pronúncia de

invalidez desses tributos, é remodelar o sistema de tributação mineral brasileiro e sua repartição federativa, como será proposto adiante.

16. Tributação municipal (IPTU e ITR): quanto ao IPTU, o problema que mais afetado a mineração é a tentativa municipal de criar, por lei, áreas de expansão urbana sobre projetos de mineração – normalmente localizados em terrenos afastados da zona urbana –, sem, contudo, aprovar os competentes loteamentos exigidos pelo art. 32, do CTN, que regulamenta a matéria nos termos do art. 146 da CRFB/1988. Se não houver a realização de loteamento que preencha o requisito do § 2º, do art. 32, do CTN, não se pode cobrar o IPTU sobre a propriedade onde é exercida a atividade de mineração em áreas de expansão urbana.

Em relação ao ITR - imposto de competência federal com forte feição municipal por sua transferência federativa e pelos convênios celebrados com a União que delegam competências aos Municípios -, apesar de os imóveis rurais nos quais se realiza atividades de mineração serem utilizados em alto grau, cumprindo a sua função social, as autoridades fiscais vêm exigindo o recolhimento do imposto de maneira a considerar tais áreas como se fossem improdutivas, em afronta à matriz constitucional do ITR e à sua função extrafiscal, e ao art. 8º do Decreto-Lei nº 57/1966, recepcionado pela CRFB/1988 como lei complementar, segundo o qual a área rural destinada a atividades de pesquisa e lavra mineral são inaproveitáveis, para fins de lançamento do ITR.

17. Tributação mineral na experiência estrangeira: (17.1) o Chile adota uma combinação de imposto sobre a renda de 27% e *royalties* na modalidade *profit-based*, progressivos, de 0,5% a 14%, podendo capturar até 41% do lucro líquido das empresas de mineração, sendo que a carga média é de 38,9% sobre o lucro; (17.2) o Peru alterou seu modelo de *royalties*, passando a adotar a modalidade *profit-based*, com alíquotas progressivas de 1% a 12% sobre o lucro operacional, mas nunca inferiores a 1% da receita bruta. Isso é associado a outros três instrumentos fiscais, quais sejam, o *Impuesto Especial a la Minería*, que incide, cumulativamente com os *royalties*, sobre o *lucro operacional*, mediante alíquotas progressivas de 2% a 8,4%; o *Gravamen Especial a la Minería*, com alíquotas progressivas de 4% a 13,12% igualmente sobre o *lucro operacional*, mas sendo dedutíveis os valores efetivamente pagos a título de *royalties*; e o imposto de renda, de 29,5%. Tudo isso gera a maior carga fiscal

sobre a mineração nos países investigados, média de 49,5% sobre o lucro das mineradoras; (17.3) a África do Sul, apesar de ser uma República Federativa, concentra a tributação mineral no ente central, mediante imposto sobre a renda de 28% e *royalty ad valorem*, com elementos de um *profit-based*, com alíquotas progressivas de 0,5% a 5% para minerais refinados e até 7% para não refinados, conforme progride a margem de lucro da mineradora. O imposto sobre a renda das mineradoras de ouro adota fórmula distinta, qual seja, $Y = 34 - (170/X)$, onde Y é a alíquota do imposto de renda, e X é a razão entre o lucro da mineradora e a receita bruta obtida com a venda de ouro. De acordo com essa metodologia, a alíquota aumentará conforme aumenta a margem de lucro, havendo, com isso, um incentivo de redução do imposto de renda para o aproveitamento de minas de baixa lucratividade. A carga fiscal média sobre a mineração é de 45,7% do lucro; (17.4) em Botswana, que depende quase que exclusivamente da mineração de diamantes, cobra-se imposto de renda mediante a fórmula $Y = 70 - (1500/X)$, onde Y é a alíquota do imposto de renda, e X é a razão entre o lucro da mineradora e a receita bruta. A alíquota mínima é de 22%, podendo chegar a 32,5%, por exemplo, caso a margem de lucro da mineradora seja de 40%. A tributação do lucro obtido com o aproveitamento de diamantes, especificamente, pode ser definida de modo particular e individual nos contratos de concessão, que são confidenciais. Há, ainda, participação estatal na modalidade *State equity*. A principal empresa mineradora de diamantes é uma *joint venture* (50%-50%) formada entre a empresa privada *De Beers* e o *Estado de Botswana*; (17.5) Austrália, por sua vez, é uma monarquia federativa, cabendo aos Estados legislar sobre mineração e *royalties*, por serem proprietários dos recursos, ao passo que o ente central cobra o imposto de renda, de 30% sobre o lucro líquido. O Estado de Western Australia adota *royalties ad valorem* sobre o valor de cotação do mineral admitidas deduções do IVA, frete e seguro, com três faixas de alíquotas 7,5% (minério bruto), 5% (minério beneficiado) e 2,5% (consumo), havendo, ainda, *unit-based royalties* sobre agregados para a construção civil e minerais industriais, com alíquotas tabeladas por substância (*Amount A*, de 73 centavos por tonelada; e *Amount B*, de 117 centavos por tonelada). Os *State Agreement Acts* podem fixar as alíquotas dos *royalties*, o que ocorre em torno de 70% dos casos. Já Queensland adota *royalties ad valorem* com elementos de *Windfall tax* ou *unit-based*. A alíquota padrão é de 2,5%, sendo que há alíquotas tabeladas para metálicos (de 2,5% a 5%) e carvão mineral (de 7% a 40%). No

caso dos *royalties ad valorem*, a base de cálculo é a *receita bruta* de vendas ou o valor de cotação – a depender do mineral –, deduzida das despesas com frete e seguro marítimos, perdas no transporte e outras deduções porventura aprovadas pelas autoridades fiscais.

18. Observa-se que todos os países investigados adotam modelos de tributação mineral com notas de progressividade, sendo que a tendência mais moderna, sobretudo na América do Sul, é a cobrança de *royalties* a alíquotas mais altas sobre lucro, associada a um imposto de renda de até 30%.

19. Na Austrália, a composição de imposto de renda federal e *royalties* estaduais adota proporção média de 55%-45%, nos últimos 10 anos, tendo chegado a quase 40%-60% em certas circunstâncias, permitindo que os entes locais participem intensamente da arrecadação das rendas minerais. No Brasil, por outro lado, a proporção média é de 60% para a União e 40% para Estados e Municípios. Uma das possíveis soluções para o desenvolvimento dos entes locais, nesse sentido, seria a redução do imposto de renda federal e o aumento dos *royalties* na mesma proporção, idealmente incidindo, ambos, sobre a base lucro líquido, sem prejuízo de uma alíquota mínima para *royalty*, sobre receita, que permita a existência de uma contrapartida pelo aproveitamento econômico mineral mesmo em cenário de prejuízo.

20. Chile e Peru adotaram acordos de estabilização fiscal por décadas, sendo que, no Chile, compreendeu-se, após muitos anos de uso do instituto, que o país não necessita mais dele para a atração de investimentos estrangeiros, gerando a sua revogação, preservando-se, contudo, os acordos vigentes e seus respectivos prazos. Os demais países não possuem acordos de estabilização fiscal.

21. Em um cenário de propostas legislativas de reforma tributária, como o que se verifica no Brasil com as PEC nº 45/2019, 110/2019, PL nº 2.337/2021 e dezenas de outras inclusive relativas à CFEM, bem como de alta carga tributária sobre a mineração (apenas menor do que a do Peru, entre os países analisados), não seria irrazoável adotar acordos de estabilização fiscal, que poderia ser firmado com a União no ato de outorga do Alvará de Pesquisa e/ou da Concessão de Lavra, para superar objeções vinculadas a insegurança jurídica fiscal brasileira.

22. Todos os países investigados adotam controle de preços de transferência e de subcapitalização, com forte tendência de adoção dos padrões da OCDE (método CUP para

commodities e regras de proporção fixa, em geral no teto de 30% sobre o EBITDA), além de cobrarem IRRF sobre dividendos. O Brasil, por outro lado, não cobra imposto sobre dividendos e adota regra própria de controle de preços de transferência, inadequada por comportar ajustes insuficientes e com forte insegurança jurídica quanto ao próprio conceito de *commodities*, que poderia ser substituída pelo método CUP e/ou por APAs. Também adota regra própria de controle de subcapitalização, mais severa do que os 30% sobre EBITDA, sendo recomendável adotar o padrão internacional, porque isso implica maior respeito à capacidade contributiva e às peculiaridades demonstradas para o endividamento na mineração (regra de proporção do grupo).

22. A Ação nº 4 do BEPS, conforme o IGF e a OCDE, é indicada para a mineração, desde que se permita o *carry forward* dos saldos de juros indedutíveis, por se tratar de setor fortemente financiado por dívida. No Brasil, havendo SELIC alta, é recomendável a fixação da regra de proporção fixa no teto de 30%.

23. A Ação nº 10 do BEPS indica a adoção do método CUP, para *commodities*, em substituição ao PECEX, sendo que, conforme o IGF e a OCDE, os países mineradores precisam se especializar na fiscalização da precificação de minerais, mediante estruturas (i) a mensuração direta do valor mineral, (ii) o monitoramento dos processos de avaliação das exportações minerais das próprias empresas ou (iii) uma abordagem híbrida.

4.2. PROPOSIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DA TRIBUTAÇÃO MINERAL BRASILEIRA

As proposições feitas a seguir são conceituais. Isso significa que não se pretende definir uma proposta fixa de alíquotas e demais componentes para o cálculo das exações mencionadas. O objetivo é demonstrar o conceito de tributação mineral que parece mais adequado para o Brasil a partir do estudo realizado, ilustrando-o, quando for o caso, com modelos hipotéticos de incidência (aspecto quantitativo). A análise de sua implementação concreta dependeria de pesquisa específica, notadamente quanto aos efeitos econômicos decorrentes, o que foge ao escopo deste trabalho e da metodologia adotada. Interessa, neste momento, demonstrar a necessária mudança de *design* da tributação mineral brasileira.

Proposição nº 01: Mediante projeto de lei, propõe-se a redução das alíquotas de IRPJ e CSLL para empresas titulares de Concessão de Lavra e/ou Alvarás de Pesquisa com Guia de Utilização para lavra experimental, optantes pelo lucro real, ao mesmo tempo em que se reformula a CFEM, para que seja majorada na mesma proporção da redução dos tributos sobre a renda e para que incida também sobre o lucro real, com alíquotas progressivas, ajustado para excluir o efeito de resultados não operacionais – que nada dizem respeito à atividade mineral, como resultados de aplicações financeiras e outras atividades.

Os objetivos dessa proposição são (i) reduzir a participação da União na captura da renda mineral brasileira, de aproximadamente 60% para 40%, tal qual aponta o modelo australiano de repartição do produto da arrecadação das receitas fiscais obtidas da mineração, que tem gerado notável desenvolvimento dos Estados onde a mineração ocorre, sem prejuízo da destinação de receita razoável ao ente central, que realiza gastos públicos e transferências intergovernamentais no interesse de toda a Federação; e (ii) aperfeiçoar a CFEM, tornando-a progressiva, a exemplo dos modelos do Chile, Peru, África do Sul e de Botswana. Ainda que o modelo australiano também denote progressividade, sobretudo no caso de Queensland, *royalties* progressivos do tipo *profit-based* parecem capturar mais adequadamente a renda mineral, respeitando a capacidade contributiva das empresas mineradoras e introduzindo, com maior simplicidade, elementos de um *excess profit tax* ou *windfall tax*. É dizer, sendo as margens de lucro muito elevadas – por exemplo, acima de 50% – pode-se determinar a incidência do *royalty* a alíquotas majoradas. *Royalties* do tipo *ad valorem*, como visto na pesquisa, ainda que com alíquotas progressivas conforme o preço ou cotação do minério, têm sido substituídos por tipos *profit-based* na experiência estrangeira, justamente porque podem onerar de modo relevante as empresas de mineração em períodos de prejuízo contábil, principalmente nos anos iniciais de recuperação do investimento, desestimulando a atração de investimentos, além de não serem suficientemente capazes de capturar rendas minerais excessivas, que são medidas mais adequadamente pelas margens de lucro extraordinárias do que por preços de cotação, que não consideram os necessários incrementos de custos de produção associados.

Quanto ao primeiro item, verificou-se nesta pesquisa que a concentração excessiva de rendas minerais na União (60%, aproximadamente) ocorre sobretudo em virtude da relevância da

carga de IRPJ e CSLL na composição da tributação mineral, não apenas no Brasil, mas em todos os países estudados. Mas como o Brasil, considerando dados da OCDE de 2021, possui a segunda maior alíquota nominal de tributos sobre a renda do mundo (34%), atrás apenas de Malta (35%)³⁶², há uma distorção que impede que os Estados e Municípios onde ocorre a extração mineral recebam um volume razoável de rendas minerais, necessárias para a diversificação econômica local e para a concretização de direitos fundamentais, geradora de desenvolvimento. Por isso, reduzir as alíquotas de IRPJ e CSLL, ao mesmo tempo em que se majora a CFEM, na mesma proporção da redução dos tributos sobre a renda, permitiria distribuir mais adequadamente as rendas minerais na Federação brasileira.

Quanto ao segundo item – tornar a CFEM um *royalty* progressivo tipo *profit-based* –, deve-se esclarecer que se trata de proposta compatível com o art. 20, § 1º, da CRFB/1988. O dispositivo outorga competência para que a União crie uma participação no resultado da exploração mineral ou uma compensação financeira. A opção legislativa tem sido pela participação no resultado que, apesar de não tornar obrigatória a adoção da base de cálculo lucro pelo legislador, vide decisão do STF no RE nº 228.800/DF, não impede que seja essa a base eleita. Além de o lucro ser a designação mais técnica para o termo “resultado”, permite apreender adequadamente aquilo que resulta da exploração mineral, como decidido pela Suprema Corte.

Como visto no exemplo da Vale S/A para o ano de 2021, a empresa pagou US\$ 1,245 bilhões a título de CFEM (ou R\$ 6,7 bilhões, com o dólar cotado a R\$ 5,44). Admitindo-se, hipoteticamente e para fins conceituais, que todo esse valor fosse relativo a minério de ferro, ter-se-ia uma receita bruta de R\$ 193,42 bilhões (base de cálculo) e uma alíquota fixa de 3,5%. Neste mesmo ano, a empresa divulgou um Resultado Antes do Resultado Financeiro e dos Tributos de R\$ 145,5 bilhões e uma receita bruta global de R\$ 293,5 bilhões, o que leva a uma margem de lucro global de 49,5%. Admitindo-se que 66% das suas receitas foram geradas no Brasil (R\$ 193,42 bilhões *versus* R\$ 293,5 bilhões), o Resultado Antes do Resultado Financeiro e dos Tributos no país foi de R\$ 96 bilhões.

Caso a CFEM incidisse sobre o referido Resultado Antes do Resultado Financeiro e dos Tributos, a sua alíquota deveria ser de 7%, para capturar os mesmos R\$ 6,7 bilhões

³⁶² Cf. << https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS_CIT >>. Acesso em 12.07.2022.

recolhidos a título do *royalty* mineral. Definido esse número, tem-se o piso de onde partir para avaliar o cenário proposto de redução de IRPJ e CSLL e aumento, na mesma proporção, da CFEM, gerando a redistribuição federativa pretendida.

Em 2021, a União recebeu US\$ 5,06 bilhões da Vale a título de IRPJ e CSLL, correspondentes a 60,5% da carga tributária suportada pela Vale S/A naquele ano. Os 39,5% restantes foram repartidos entre Estados e Municípios. Caso a alíquota fosse reduzida de 34% para 20%, ao passo que houvesse um aumento da CFEM correspondente aos 14% reduzidos, a União teria se apropriado de 41,4% das receitas tributárias e de *royalties* da Vale, sendo 58,6% destinado a Estados e Municípios.

Nesse cenário, mantendo-se integralmente a carga fiscal atual, que seria tão somente redistribuída, a alíquota da CFEM seria de 21% sobre o lucro líquido (7% + 14%), antes dos tributos sobre a renda e resultados financeiros, ao passo que IRPJ e CSLL incidiriam a 20% sobre o lucro real.

As simulações apresentadas poderiam levar à definição de uma tabela de incidência (conceitual) como a descrita abaixo:

Tabela 12 – Proposição para incidência progressiva da CFEM sobre lucro

Alíquota da CFEM	Margem de lucro
15%	0% a 10%
16%	10% a 15%
17%	15% a 20%
18%	20% a 30%
19%	30% a 40%
20%	40% a 45%
21%	45% a 50%*
22%	50% a 55%
23%	55% a 60%
24%	Acima de 60%

*Cenário da Vale S/A em 2021

Fonte: elaboração própria (2022).

Na tabela acima, o exemplo da Vale S/A se amoldaria à faixa de alíquota de 21% (margem de 45% a 50%), que representa a manutenção da carga fiscal suportada pela empresa em 2021, porém redistribuída, gerando receitas a Estados e Municípios a 58,6% do total pago pela empresa no Brasil e o restante à União.

As alíquotas subsequentes (21% em diante) representam possível aumento de arrecadação da CFEM conforme subam as margens de lucros, introduzindo-se na exação elementos de um *excess profit tax*. No cenário mais gravoso (margem de lucro acima de 60%), a empresa pagaria 24% de CFEM e 20% de IRPJ e CSLL, o que não destoa das cargas fiscais mais altas vistas em Peru (49% sobre o lucro) e em Queensland, cujos novos *royalties* sobre carvão podem representar 40% sobre a receita, além do imposto sobre a renda de 30% devido ao ente central.

Proposição nº 02: caso seja implementada a Proposição nº 01, deveria haver uma alíquota mínima sobre receita, deduzidos tributos incidentes sobre a venda e despesas de transporte e seguro, que poderia ser de 1% (piso da Lei nº 13.540/2017), evitando que haja períodos sem recolhimento da CFEM, ainda que ocorra a extração e aproveitamento mineral. Ou seja, se a empresa mineradora incorrer em prejuízo contábil, deveria pagar um valor mínimo, como ocorre no Peru – que adota um *royalty* sobre lucro (*profit-based*),

Isso porque não parece ser compatível com o art. 20, § 1º, da CRFB/1988 que haja o aproveitamento econômico mineral (resultado da lavra) sem a devida contrapartida assegurada à União, Estados e Municípios, na forma da participação no resultado da exploração.

O pagamento da CFEM sobre a receita bruta, mesmo em cenário de prejuízo contábil, poderia representar crédito (*carry forward*), compensável contra débitos futuros, tal qual a compensação de prejuízos fiscais para fins de IRPJ/CSLL (ainda que com a trava de 30%). A ideia é apenas não interromper o fluxo de recursos aos entes federativos, durante o período de lavra mineral.

Proposição nº 03: na mesma lei que reformulasse a CFEM e reduzisse IRPJ e CSLL, poderia ser criada regra que proíba expressamente Estados e Municípios de se valerem das competências dos arts. 23, XI e 145, da CRFB/1988, para criar quaisquer exações sobre a mineração que tenham (i) perfil de *royalties* descritos neste trabalho, sejam *ad valorem*, *unit-*

based ou *profit-based*, e/ou (ii) taxas em geral que mensurem dados da mineradora, como volume de produção, receita ou lucro, sem a utilização de faixas de incidência e teto.

Isso porque as Proposições nº 01 e 02 têm o objetivo de contemplar Estados e Municípios com a maior parte das rendas minerais, tornando desnecessário que tais entes criem exações de constitucionalidade duvidosa sobre a mineração, gerando insegurança jurídica e inibindo investimentos.

Proposição nº 04: como medida de praticabilidade fiscal no cenário de ser implementada a Proposição nº 01, caso a empresa mineradora seja optante pelo lucro presumido (com faturamento até R\$ 78 milhões), pode-se, via projeto de lei, propor cobrar a CFEM sobre a mesma base de cálculo presumida, com a mesma distribuição de alíquotas progressivas proposta acima, o que exigiria da mineradora tão somente o controle da sua margem de lucro por escrituração contábil legítima, sem necessidade de auditoria independente ou dos complexos ajustes previstos para o regime do lucro real (controlados na Parte B do Lalur).

Também pode-se integrar a CFEM ao sistema do SIMPLES Nacional, considerando as alíquotas vigentes nos termos da Lei nº 13.540/2017 ou o piso de 1%, tal qual já abordado.

Conforme dados da Agência Nacional de Mineração (ANM), as 15 maiores mineradoras do país – todas sujeitas à apuração de IRPJ e CSLL pelo lucro real, são responsáveis pelo recolhimento de mais de 80% da CFEM paga em 2021 e em 2022³⁶³. Isso significa que mesmo eventual benefício destinado às pequenas e médias mineradoras, optantes pelo lucro presumido ou pelo SIMPLES Nacional, não seria muito representativo na arrecadação total da CFEM, ao passo que incentivaria essas empresas, tal como determina o art. 179 da CRFB/1988.

Proposição nº 05: mediante lei, pode-se autorizar a Agência Nacional de Mineração (ANM) em conjunto com a Receita Federal do Brasil (RFB) a celebrar acordos de estabilização fiscal, no ato de outorga do Alvará de Pesquisa e/ou da Concessão de Lavra, para fixar o regime jurídico para IRPJ, CSLL e CFEM como aquele vigente na data da outorga do Título Minerário, por prazo razoável, como de 10 a 20 anos, conforme a realidade do retorno sobre o investimento

³⁶³ Cf. << <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZDA5NGMyYmYtOWYyMi00NzA1LWZhOTQtNmU5NjEyMTI3ZDMxIiwidCI6ImEzMDgzZTIxLTc0OWItNDUzNC05YWZhLTU0Y2MzMTg4OTdiOCJ9&pageName=ReportSection7a43f884dc43352e5953> >>. Acesso em 12.07.2022.

de cada projeto, a juízo de conveniência e oportunidade da ANM e da RFB, a partir de balizas normativas veiculadas por lei.

Isso visaria a superar objeções de investidores, vinculadas à insegurança jurídica causada pelo volume de propostas legislativas de reforma tributária que se verifica no Brasil, vide PEC nº 45/2019, 110/2019, PL nº 2.337/2021 e dezenas de outras relativas à CFEM.

Tais acordos servem justamente para resolver os problemas de credibilidade dos países que anunciam possíveis modificações em regras tributárias, como ocorre no Brasil nos últimos anos. Em decorrência também da insegurança jurídica, o Brasil foi ranqueado apenas na 51ª posição no *Annual Survey of Mining Companies, 2021* do *Frasier Institute*. Western Australia lidera o *ranking*, com Queensland na 9ª posição, Chile na 31ª e Peru na 42ª. Entre os países analisados nesta pesquisa, o Brasil está à frente apenas de Botswana (66ª posição) e África do Sul (75ª). Esse cenário torna recomendável aumentar a atratividade do investimento em mineração no Brasil.

Não há riscos significativos de comprometimento fiscal com os acordos de estabilidade fiscal, uma vez que, como fartamente demonstrado, o Brasil já possui uma das maiores cargas fiscais sobre a mineração no mundo.

Essa medida também cumpriria a finalidade constitucional de estimular a pesquisa mineral com capital privado, cuja existência foi demonstrada neste trabalho, fazendo com que não se perca o custo de oportunidade de extrair certos minerais estratégicos, notadamente níquel, lítio, cobalto, manganês, cobre, bauxita, terras raras e grafite, que são cruciais para a transição energética, rumo a um modelo não dependente de combustíveis fósseis³⁶⁴.

Proposição nº 06: implementadas as Proposições anteriores, seria recomendável transferir, por projeto de lei, a competência para a cobrança e fiscalização da CFEM da Agência Nacional de Mineração (ANM) para a Receita Federal do Brasil (RFB), que é órgão com melhor porte e experiência na fiscalização das bases lucro (real e presumido) e receita, caso seja

³⁶⁴ *Lithium, nickel, cobalt, manganese and graphite are crucial to battery performance, longevity and energy density. Rare earth elements are essential for permanent magnets that are vital for wind turbines and EV motors. Electricity networks need a huge amount of copper and aluminium, with copper being a cornerstone for all electricity-related technologies.* INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions*. IEA, 2022. Disponível em: << /https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf >>. Acesso em 12.07.2022.

realizada a reformulação proposta da CFEM. Isso também permitiria que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) seja responsável pelo julgamento do contencioso do *royalty*.

Se acolhida essa recomendação, seria importante que a ANM cooperasse com a RFB, integrando as equipes de fiscalização e oferecendo pareceres técnicos para subsidiar o contencioso administrativo no CARF, por se tratar da agência com maior especialidade técnica no assunto, em atenção ao princípio da deferência. Conforme Schauer³⁶⁵, aplica-se a deferência não por autoridade, mas por eficiência, respeito, especialização, diversidade ou separação de poderes em sentido amplo. É o que acontece quando uma Corte de Apelação presta deferência às determinações na instância inferior, quando o Juiz presta deferência ao Júri, quando a Suprema Corte presta deferência ao Congresso ou a alguma Agência Administrativa.

Proposição nº 07: seria recomendável realizar a inclusão na Lei Kandir de dispositivos mais claros sobre os limites das atuações dos estados na regulamentação do direito à utilização e transferência dos créditos acumulados nas exportações, afastando expressamente as restrições à compensação dos créditos acumulados nas exportações com determinados débitos de ICMS, notadamente ICMS-ST, DIFAL e ICMS-Importação e tornando o procedimento mais célere.

Todos os países pesquisados ressarcem créditos acumulados em exportações sem embarços e demora, o que torna esse aspecto crucial para melhorar o ambiente de negócios e para atrair investimentos destinados à mineração no Brasil.

Proposição nº 08: mediante projeto de lei, instituir o método CUP, da OCDE, com todos os possíveis ajustes de comparabilidade de preços para *commodities*. Alternativamente, que o contribuinte pudesse, livremente, escolher entre o PECEX o PVEx, que melhor traduz o método CUP no Brasil. Em todo caso, que seja possível celebrar os acordos de precificação antecipada (APAs), garantindo segurança jurídica quanto aos critérios de controle de preços de transferência, tal qual se observa na Austrália e no Peru, dentre os países estudados.

³⁶⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: 2009.

Isso porque há grande insegurança jurídica quanto à aplicação do PECEX no Brasil, tanto pela indefinição do conceito de *commodities* como pela insuficiência dos ajustes ao preço parâmetro, atestada em relatório da OCDE com a RFB, para que se alcance a realidade *arm's length*.

Proposição nº 09: criar por lei, como estrutura cooperada entre a RFB e ANM, um centro de fiscalização da precificação de minerais exportados, determinando aos contribuintes que façam testes laboratoriais nos padrões ISO, mantendo os resultados disponíveis para que as autoridades fiscais fiscalizem o material exportado e determinem seus efeitos em IRPJ/CSLL e CFEM.

Essa proposta cumpre o objetivo de tornar o controle de preços de transferência mais eficiente no Brasil, evitando a transferência de lucros ao exterior e seguindo o modelo verificado na Austrália.

Proposição nº 10: também por projeto de lei, substituir as regras de controle de subcapitalização de margens presumidas pela orientação da Ação nº 4 do Plano BEPS, a 30% sobre EBITDA enquanto a SELIC for maior que 5%, permitindo os ajustes pela regra de proporção do grupo, que melhor capturam o princípio *arm's length* e as demonstradas peculiaridades do endividamento na mineração, cujo nível varia conforme projetos, riscos nacionais e preços das *commodities*, em variação dinâmica, o que recomenda uma estrutura de controle de subcapitalização capaz de verificar e acomodar esse dinamismo.

Como visto nos exemplos da Vale S/A e da CSN Mineração S/A, há indícios de que as regras brasileiras atuais de subcapitalização sejam severas, a ponto de não permitirem a dedução do volume de despesas com juros que seria adequado para projetos de mineração, em vulneração à capacidade contributiva dessas empresas e possivelmente afugentando investimentos.

Por isso também é importante adotar a recomendação do IGF e da OCDE, no sentido de permitir que os saldos de juros pagos que não puderem ser deduzidos em determinada competência sejam transportados para a seguinte (*carry forward*). As entidades apontam que faz parte da dinâmica do financiamento de projetos de mineração que se recorra a instrumentos de dívida, o que torna o setor peculiar nesse aspecto, visto o custo intensivo de capital.

REFERÊNCIAS

- ÁFRICA DO SUL. NATIONAL TREASURY. *Mining taxation – the South African context: Economic Tax Analysis*, 2013.
- AKINSEYE, P.O.; CAWOOD, F.T. The South African mining royalty regime: Considerations for modifying the system to balance its competing objectives. In *Journal of the Southern African Institute of Mining and Metallurgy*. Johannesburg: 2021.
- AUTY, Richard M. *Sustaining development in mineral economies: the resource curse thesis*. London: Routledge, 1993.
- ALEN, Fernanda. *Recursos Minerais: Como romper com essa maldição?* Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- AMARAL, Alex Lombello. *Origens das Minas Gerais*. São João Del Rey: Heráclito, 2012.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. Taxas e preços no novo texto constitucional. *Revista de Direito Tributário* vol. 13, nº 47. São Paulo, 1989.
- ÁVILA, Humberto. As taxas e sua mensuração. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 204, set/2012.
- AVI-YAONAH, Reuven S. Globalization and tax competition: implications for developing countries. *Cepal Review*, Washington, D.C.; Cambridge, n. 74.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciências das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BANCO MUNDIAL. *Diagnóstico del Sector Minero Perú*, 2020. Disponível em << <https://www.bancomundial.org/es/country/peru/publication/diagnostico-del-sector-minero-peru> >>.
- BANCO MUNDIAL. *Transfer Pricing in Mining with a Focus on Africa*. 2017. Disponível em << <http://documents.worldbank.org/curated/en/801771485941579048/pdf/112346-REVISED-Dated-Transfer-pricing-in-mining-with-a-focus-on-Africa-a-reference-guide-for-practitioners-Web.pdf> >>.
- BARRETO, Paulo Ayres. Preços de transferência e o princípio “arm’s length”: evolução e aproximação da OCDE: In DONIAK JR., Jimir. *Novo RIR – Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves *et al.* *Saindo da Lama: a atuação interfederativa concertada como melhor alternativa para solução dos problemas decorrentes do desastre de Mariana*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Uma introdução ao estudo do regime constitucional de imposições fiscais sobre a mineração. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Estudos sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves e DA SILVA, Fernanda Alen Gonçalves. A Função Social da Exploração Mineral no Estado de Minas Gerais. In *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62.

BAUNSGAARD, Thomas. *A Primer on Mineral Taxation. IMF Working Paper*. Washington: Fundo Monetário Internacional, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2010.

BENKE, R. *Introductory Remarks on Mineral Infrastructure in Regional Integration*. Second Expert Group Workshop on Extractive Industries, 11–12 June 2015, Geneva.

BERNARDES, Acyr. Recursos minerais: a União é proprietária ou exerce soberania? *Brasil Mineral*. São Paulo, n. 157, dez. 1997.

BEVILACQUA, Lucas; FONSECA, Rafael. Compensações pela desoneração do ICMS nas exportações de bens primários e semielaborados. In SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Federalismo (s)em Juízo*. São Paulo: Noeses, 2019.

BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos Fiscais à Exportação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BIANCO, João Francisco. TOMAZELA, Ramon. As regras de preços de transferência e as operações de importação e exportação de commodities – Os novos métodos PCI e PECEX. In *Demonstrações Financeiras e Sinopses Legislativas*: São Paulo: PwC, 2013.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer AGU/MF-2/95 - anexo ao Parecer nº GQ-79, de 08.08.95, publicado no DO de 16.08.95.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM. Sumário Mineral 2017. Disponível em: << https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/sumario-mineral/sumariomineral_2017 >>.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM. Sumário Mineral 2018 - Aço. Disponível em: << <https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/sumario-mineral/pasta-sumario-brasileiro-mineral-2018/aco> >>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 90/2019. Altera o Sistema Tributário Nacional para excluir isenção à atividade mineral. Disponível em << <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206373> >>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 126/2019. Dispõe sobre exclusão da isenção tributária de produtos primários da atividade mineral. Disponível em: << <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201535> >>.

BRASIL. DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, sexta-feira, 24 de agosto de 1988. Ano II – nº 297. Brasília/DF.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. << https://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_isper/index.php# >>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante cerimônia de lançamento do Marco Regulatório da Mineração. *Biblioteca da Presidência da República*: 2013. Disponível em << <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-lancamento-do-marco-regulatorio-da-mineracao-brasilia-df> >>.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 42/2019. Revoga a não incidência de ICMS na exportação de produtos não-industrializados e semielaborados. Disponível em << <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136165> >>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 426945 PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 25/08/2004.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 756.530/DF, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 21/6/2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1064962/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/10/2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1044320/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 17/08/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1505296/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/12/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp n. 1.921.101/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 26/5/2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 177835, Relator Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 140.773/SP, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 04/06/1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 220316/MG, Relator Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 228800, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16/11/2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1726 MC, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 30/04/2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3826, Relator Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 474132, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 790049, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe 30/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 25774/PR. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. DJe 09/02/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 25, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 18/08/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4846, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6211, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 05/05/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1354133 ED-AgR. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. DJe 01/07/2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Relatório de 2016 sobre Nova Lima/MG. Disponível em << <https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2017/NOVA%20LIMA%20-%20Relatorio%20Final.pdf> >>.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.09.576222-5/001, Relator Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, julgamento em 02/10/2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0188.15.007612-6/001, Relator Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, DJe 15/03/2016.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0400.16.003394-2/001, Relator Des. Afrânio Vilela, Relator para o acórdão Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, DJe 21/09/2018.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível 0022324-29.1999.4.01.3500, Rel. Juiz Federal Wilson Alves De Souza, 5ª Turma Suplementar, DJe 23/10/2013.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. TRF 5ª Região. Processo: 08038142820184058100, Apelação, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), Pleno, Julgamento: 17/06/2020.

BRAZ, Eliezer. Cenário Evolutivo da Situação Tributária da Mineração no Brasil e Análise Comparativa com Países Mineradores Seleccionados. In *Aspectos Tributários da Mineração Brasileira*. Banco Mundial: 2009.

CARNEIRO, Bárbara Melo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O Brasil face ao Plano de Ação nº 4 do BEPS: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. In: Alexandre Alkmim Teixeira. (Org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARRAZZA, Roque Antônio. Natureza jurídica da “compensação financeira pela exploração de recursos minerais”: sua manifesta inconstitucionalidade. In: *Revista Justitia*, São Paulo, v. 57, n.º 171, 1995.

CARVALHO, Rubens Miranda de. *Contribuição de melhoria e taxas no Direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; SILVA, Tiago de Mattos. *CFEM: Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. A inconstitucional tentativa de cobrar ICMS nas exportações de minerais metálicos. In *Revista Consultor Jurídico*, 2019.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. A taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (TFRM) e as suas recentes alterações. In FREIRE, William. MATTOS, Tiago de. (coord.). *Aspectos controvertidos do Direito Minerário e Ambiental*. Belo Horizonte: Jurídica, 2013.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. A tributação das exportações no contexto das propostas de reforma tributária. In SCAFF, Fernando Facury. DERZI, Misabel. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. TORRES, Heleno Taveira [Coords.]. *Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para que, para quem e como?* Belo Horizonte: Letramento, 2020.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. CFEM no consumo de minério: O.N. nº 7/2012 e o silêncio eloquente na Lei nº 13.540/2017. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton. CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (Coords.) *Estudos Sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Limites constitucionais para a incidência da CFEM: o conceito de resultado da lavra e a sua violação pela Lei nº 13.540/2017. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. O mecanismo constitucional de monetização de recursos naturais não renováveis como instrumento de concretização de direitos fundamentais: um estudo da CFEM em Minas Gerais. In SIQUEIRA, Lyssandro Norton. CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (Coords.) *Estudos Sobre a Tributação da Mineração*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

CHRISTIANS, Allison. MAGALHÃES, Tarcísio. *The Case for a Sustainable Excess Profits Tax*. 2021. Disponível em << <https://ssrn.com/abstract=3811709> >> ou << <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3811709> >>.

COLLIER, Paul; IRELAND, Glen. Shared-Use Mining Infrastructure: Why it Matters, and How to Achieve it. In *Development Policy Review* n. 36, January 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Perda de Competitividade das Exportações: o Problema do Acúmulo de Créditos de ICMS. *Confederação Nacional da Indústria*. Brasília: CNI, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANIEL, Philip; KEEN, Michael; McPherson, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010.

DANIEL, Philip; SUNLEY, Emil M. Contractual Assurances of Fiscal Stability. *Taxing Natural Resources: New Challenges, New Perspectives*. International Monetary Fund: 2008, Disponível em: << <https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2008/taxnatural/pdf/dansun.pdf> >>.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro (atualização)*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DLA PIPER. *APA & MAP Country Guide 2017: Managing uncertainty in the new tax environment*. 2017. Disponível em << https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2017/05/APA_MAP_Guide_2017.pdf >>.

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

ELIAS, Luis Miguel. Peru. In *Mining Law 2020*. Londres: ICLG, 2020.

EY. *Estudo comparativo da carga e prática tributária internacional do setor mineral*. IBRAM - Instituto Brasileiro de Mineração: novembro, 2019.

EYZAGUIRRE, Nicolás. Chile. In *Mining Law 2020*. Londres: ICLG, 2020.

FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. O controle de preços de transferência nas exportações de *commodities* e o método do preço sob cotação na exportação (“PECEX”). In *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, n. 84, 2016.

FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921.

FFRENCH-DAVIS, Ricardo. The structural fiscal balance policy in Chile: toward a counter-cyclical macroeconomics. In *Journal of Globalization and Development*, No 1. Berkeley Electronic Press: January 2010.

FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GARNAUT, Ross; ROSS, Anthony Clunies. Uncertainty, Risk Aversion and The Taxing of Natural Resources Projects. *Economic Journal*, 1975.

GODOI, Marciano Seabra de; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. Considerações críticas sobre a nova taxa de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração em Minas Gerais (Lei Estadual 19.976, de 2011). *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 209, fev/2013.

GODOI, Marciano Seabra de; MELO, Fabiana Leão de. O ITR e as Áreas Destinadas à Atividade de Mineração, in *Direito Empresarial Atual*, Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GRECO, Marco Aurélio. Cofins na Venda de Imóveis. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 51. São Paulo: Dialética, 1999.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Ferro. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 1998.

HARDING, Keith R. Mining Development in Australia. *Journal of the Royal Society of Arts*, Vol. 116, 1968.

HARRISON, Graham; KRELOVE, Russell. VAT Refunds: A Review of Country Experience. *IMF Working Paper*. Fundo Monetário Internacional, 2005. Disponível em: << <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/VAT-Refunds-A-Review-of-Country-Experience-18646> >>.

HOGAN, Lindsay; GOLDSWORTHY, Brenton. International Mineral Taxation. In DANIEL, Philip; KEEN, Michael; MCPHERSON, Charles. *The Taxation of Petroleum and Minerals*. New York: Routledge, 2010.

HUSA, Jaakko. Research Designs of Comparative Law – Methodology or Heuristics? In ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Ed.). *The Method and Culture of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

ICHIARA, Yoshiaki. *Taxas no sistema tributário brasileiro. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 25. São Paulo, 1998.

ICMM. *Minerals Taxation Regimes: a review of issues and challenges in their design and application*. 2009. Disponível em << [ICMM • Minerals taxation regimes: A review of issues and challenges in their design and application](#) >>.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions*. IEA, 2022. Disponível em: << <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf> >>.

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. *Cahiers de Droit Fiscal International: International Aspects of Thin Capitalization. The Netherlands: Kluwer Law International*, 1996. v. LXXXIb.

IGF; OCDE. *Limiting the Impact of Excessive Interest Deductions on Mining Revenues*. 2018. Disponível em << <https://www.oecd.org/tax/beps/limiting-excessive-interest-deductions-discussion-draft.pdf> >>.

IGF; OCDE. *The Hidden Cost of Tax Incentives in Mining*. 2018. Disponível em << <https://www.oecd.org/tax/beps/hidden-cost-of-tax-incentives-in-mining-oecd-igf-public-comments.pdf#:~:text=The Hidden Cost of Tax Incentives in Mining,countries' success in meeting many of the SDGs.> >>.

IIMI, Atsushi. *Did Botswana Escape from the Resource Curse? IMF Working Paper*. International Monetary Fund, 2006.

JANCZESKI, Celio Armando. *Taxas: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1999.

JEFFERIS, Keith. *Public Finance and Mineral Revenues in Botswana*. Technical Report: Republic of Botswana and World Bank Group, 2016.

KHAMA, Sheila. *Chile's Fiscal Policy Implementation and Mining Revenue: a case study*. African Natural Resources Center/African Development Bank, 2016.

KOJO, Naoko C. *Diamonds are not forever: Botswana Medium-term Fiscal Sustainability. Policy Research Working Paper*. Banco Mundial, 2010.

KURZ, Heinz D. SALVADORI, Neri. *Ricardo on Exhaustible Resources, and the Hotelling Rule*. In *A History of Economic Theory*. London: Routledge, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEARY, Jay; KERRIGAN, Geoff. Australia. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. Londres: The Law Reviews, 2017.

LEDERMAN Daniel, MALONEY, William F (Edit.). *Natural resources: neither curse nor destiny*. A copublication of Stanford Economics and Finance and the World Bank, 2007.

LILFORD, Eric; GUJ, Pietro. *Mining Taxation - Reconciling the Interests of Government and Industry*. Gewerbestrasse: Springer, 2021.

LIND, Stephen A. *et al. Fundamentals of Corporate Taxation: Cases and Materials*. 6th ed. New York: Foundation Press, 2005.

MACHADO, Frederico Munia. A evolução histórica da legislação sobre os *Royalties* da mineração brasileira. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Coord.). *A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Governança Tributária Global: limitações externas ao poder de tributar (e de não tributar) na pós-modernidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

MARTINS, Ives Gandra S. Natureza Jurídica da CFEM – inteligência das leis 7.990/89 e 8.001/90 – ilegalidade da Instrução Normativa 6/2000 – princípios da irretroatividade e da indelegabilidade do poder de legislar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 135, dez. 2006.

MATLOU, Modisaotsile. South Africa. In *The Mining Law Review*, 4th Edition. London: The Law Reviews, 2015.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MOREIRA, André Mendes. O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias. In: MOREIRA, André Mendes; DERZI, Misabel; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (orgs.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NOGUES, Luiza Viglioni; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de. ITR sobre áreas de mineração. In AZEVEDO, Marcelo; CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; MATTOS, Tiago de; FREIRE, William [Coords.]. *Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

OCDE. *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD, 2015.

OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD, Paris, 2017.

OLIVARES, Marcelo. Chile. In *The Mining Law Review*, 6th Edition. Londres: The Law Reviews, 2017.

OLIVEIRA, Ludmila Monteiro de. *Direito Tributário Globalização e Competição: por que só harmonizar não basta*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Limite à Compensação de Prejuízos Fiscais na Extinção de Pessoa Jurídica – Um Caso Para Solução Através de Redução Teleológica (ou Notando a Existência de Silêncio Eloquente). Em *Revista de Direito Tributário Atual n. 31*, coedição IBDT Dialética, 2014.

ONU. *Handbook on Extractive Industries Taxation*. ONU, 2017. Disponível em << http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/Extractives-Handbook_2017.pdf >>.

ORMONDE, Pamela. *The Relationship between Mineral Rents and Poverty: Evidence from Sub-Saharan Africa and South America*. Dissertação de Mestrado. Dalhousie University: Halifax, Nova Scotia, August 2011.

OTTO, James. *Mining Royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society*. Washington, D.C: The World Bank, 2006.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PISANI, José Roberto; GALHARDO, Luciana Rosanova. Preços de transferência – presunções tributárias – acordos internacionais – valoração aduaneira. *Revista Dialética de Direito Tributário - RDDT n° 21*. São Paulo: Dialética, 1997.

POGGE, Thomas. *Hacer justicia a la Humanidad*. Trad. David Álvares Garcia. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

POGGE, Thomas. *Uma proposta de reforma: um dividendo global de recursos*. Lua Nova, 1994.

RALBOVSKY, Stephen F. Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes A summary of rates and rules in selected countries. PwC, 2012. Disponível em << <https://www.pwc.com/gx/en/energy-utilities-mining/publications/pdf/pwc-gx-miining-taxes-and-royalties.pdf> >>.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 2ª ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

REDHEAD, Alexandra. How global tax reforms apply to the extractive industries. In *International Tax Review*, July 10, 2019. Disponível em << <https://www.internationaltaxreview.com/Article/3877917/Latest-News/The-application-of-global-tax-reforms-to-the-extractive-industries.html> >>.

RICARDO, David. *On the principles of political economy and taxation*, 3rd ed. London: John Murray, 1821.

ROCHA, Sérgio André. Modelos de regulação jurídica preços de transferência e os novos métodos PCI e PECEX. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RODRIGUES, Raphael Silva. Taxa x Preço Público: distinção no sistema tributário nacional e na jurisprudência dos tribunais pátrios. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 50, 2011.

ROLIM, João Dácio. As Presunções da Lei nº 9.430/96 e os casos especiais nos preços de transferência. In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Tributos e Preços de Transferência*. Dialética: São Paulo, 1997.

SADDY, André. Taxa de Polícia para Registrar, Acompanhar e Fiscalizar Atividades Minerárias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, mar. 2012.

SANTOS, Ramon Tomazela. Qualificação dos Rendimentos dos Instrumentos Híbridos nos Acordos de Bitributação. Dissertação de mestrado. *Universidade de São Paulo*, 2015.

SATCHWELL, Ian. From Growth to Transformation – What Role for the Extractive Sector? *Great Insights, Volume 2*. Maastricht: 2013.

SAUTET F. Ricardian Rents. In: AUGIER M., TEECE D.J. (eds) *The Palgrave Encyclopedia of Strategic Management*. London: Palgrave Macmillan, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Reforma tributária, a cláusula pétrea do federalismo e o STF. In *Revista Consultor Jurídico*, 2019.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Minério e Energia*. RT: São Paulo, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Sugestões para pagamento pela União do ICMS devido por estados sobre exportações. In *Revista Consultor Jurídico*, 2021.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*, v. 11. São Paulo: Dialética, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual da tributação direta da renda*. São Paulo: IBDT, 2020.

SCLIAR, Cláudio. *Geopolítica das minas do Brasil: a importância da mineração para a sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

SCHATAN, Roberto; CAMERO, Eduardo; GUAJARDO, Juan Carlos; MYLONAS, Victor; VILLALOBOS, Ricardo. Peru: Proposals for the 2022 Tax Reform. Mining Sector Fiscal Regime, Capital Gains, and IGV on Digital Services. *Technical Assistance Report*. International Monetary Fund: 2021. Disponível em: << <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/CR/2022/English/1PEREA2022002.ashx> >>.

SCHLESINGER, Rudolf Berthold. The Past and Future of Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, 1995.

SHIMUTWIKENI, Ndapwilapo Selma. What is a Competitive Fiscal Regime for Foreign Investment? With Special Reference to Namibia and Botswana. *CEPMLP Annual Review (CAR)*. Dundee: 2011.

SIDDLE, Andrew. Botswana. *Swedish International Centre for Local Democracy - ICLD*: 2013. Disponível em << <https://icld.se/app/uploads/2020/02/Botswana-.pdf> >>.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) e a Lei nº 13.540/2017: um argumento em prol das inconstitucionalidades do elastecimento de seu aspecto material e da inclusão na sua base de cálculo das despesas com frete, transporte e seguro. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 19, n. 109, 2021.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). In GOMES, Carla Amado (Coord.) *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014.

SMIT, Pieter Willem. South Africa. In *The Mining Law Review, 6th Edition*. Londres: The Law Reviews, 2017.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, André Santos de.; FURTADO, Lucas Larcerda. A Importância da Compensação Financeira pela Exploração Mineral no Município de Parauapebas (PA). *Revista da Faculdade de Engenharia de Minas e Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará*. UFPA, 2013

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TAX JUSTICE NETWORK. *Tax us if you can*. 2^a ed. TJN, 2012. Disponível em << https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TUIYC_2012_FINAL.pdf >>.

TEECE, D.J., and COLEMAN, M. The meaning of monopoly: Antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin* 43, 1998.

TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. Controvérsias sobre os métodos PCI e PECEX no controle dos preços de transferência das *commodities*. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

TORRES, Heleno Taveira. Cobrança da nova CFEM deve observar limites constitucionais. *In Revista Consultor Jurídico*, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. SP: RT, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. Novo regime de royalties sobre mineração está repleto de inconstitucionalidades. *In Revista Consultor Jurídico*, 2017.

TORRES, Heleno Taveira. Tributação das telecomunicações internacionais: base de cálculo do tráfego sainte e a aplicação do Tratado de Melbourne no direito brasileiro. *Revista de Direito Tributário Internacional*, vol. 1, São Paulo, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da não-cumulatividade e o IVA no direito comparado. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da não-cumulatividade*. São Paulo: RT, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. IV: *Os Tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TIRADO, César R. Salazar. La Política Fiscal de la Minería en el Perú. In CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório (Coord.). *Mineração e Siderurgia: aspectos financeiros e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In ADAMS, Maurice; HEIRBAUT, Dirk. (Ed.). *The Method and Culture of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

VIVACQUA, Attílio. *A nova política do sub-solo e o regime legal das minas*. Rio de Janeiro: Panamericana, 1942.

WATSON, Patrick W. The U.S. Has Never Had A Tax On Exports. *Forbes*, 2017. Disponível em << <https://www.forbes.com/sites/patrickwwatson/2017/02/13/the-us-has-never-had-a-tax-on-exports/#5e4086192dac> >>.

WEHNER, Joachim. Fiscal Federalism in South Africa. *Publius*, vol. 30, no. 3. Londres: Oxford, 2000.

XAVIER, Alberto. Natureza jurídica e âmbito de incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 29, 1998.

YAMASHITA, Douglas. *Direito Tributário – uma visão sistemática*. São Paulo: Atlas, 2014.

YUNIS, Jairo; ALIAKBARI, Elmira. *Annual Survey of Mining Companies, 2021*. Frasier Institute, 2022. Disponível em << <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/annual-survey-of-mining-companies-2021.pdf> >>.