

## Cobrança da nova CFEM deve observar limites constitucionais



**Heleno Torres**  
Professor e Advogado

A Constituição de 1988 delimitou a materialidade da incidência da

Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), segundo a atividade de *exploração* de recursos minerais, o que deverá ser também acompanhado pela base de cálculo, mesmo que não seja esta a realidade normativa vigente (Lei 13.540/2017 e a Portaria 239/2018). Em vista disso, aquele que *explorar* recursos minerais, deverá remunerar o ente estatal como contraprestação pelo benefício de exploração do bem público, definido nos termos do contrato de concessão ou de autorização.

Como seu principal efeito, o artigo 20, § 1º da Constituição limita as modalidades de exações que podem ser criadas. Em seguida, atribui poderes legislativos exclusivos à União. Mas não só. Para evitar concurso de pretensões no exercício legislativo, o Constituinte repartiu a arrecadação por cada um dos entes políticos em competências, de tal modo coordenado que União, estados, municípios e o Distrito Federal somente possam exercer suas “autonomias” nos estritos limites materiais a eles reservados.

O artigo 20, § 1º da Constituição tem a função de entabular a competência com limites materiais (princípio da rigidez constitucional) bem demarcados, justamente para gerar certeza jurídica suficiente a conter o exercício indevido das competências constitucionais pela União e, igualmente, preservar condições neutras aos particulares titulares de contratos de exploração de bens públicos.

Portanto, são inconstitucionais todas as tentativas de alcançar, com sua incidência, etapas posteriores como o beneficiamento ou outra fase da industrialização do *produto mineral*. Estamos convencidos de que a materialidade da CFEM, no caso dos minerais, deve restringir-se à *atividade de exploração* destes recursos, a partir da atividade de extração do recurso mineral de propriedade da União.

---

Como prescreve a Constituição, o critério material para cobrança da CFEM deve estar atrelado ao *produto mineral*, e não ao *recurso mineral*. Esta distinção é fundamental para melhor compreender a base sobre a qual deve incidir a compensação financeira. O *recurso mineral* refere-se ao bem que se encontra na mina[1] ou na jazida;[2] já o *produto mineral* é o resultado da extração.

Para infirmar, afirmar e confirmar[3] a materialidade, a *base de cálculo* da CFEM será sempre o “resultado da exploração”. Esta foi a base de cálculo presumida no artigo 20, §1º, da Constituição Federal. 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.

A materialidade da CFEM está inteiramente conexa com a *atividade de exploração*, leia-se: extração, sem qualquer destaque que autorize sua aplicação para alguma etapa prévia, como aquela da simples condição de “propriedade” dos bens pela União, ou futura, como a “industrialização”.

Em termos mais claros, quando ocorrer a exploração de determinados bens da União situados nos territórios dos entes federados, o particular que explorar estes bens públicos, tais como os recursos minerais, o petróleo ou gás natural, e os recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, além da obrigação principal de pagamento, estará obrigado ao cumprimento de recolher a CFEM aos cofres públicos beneficiários.

Portanto, somente com a *exploração* dos bens minerários é que surge o dever de pagamento ou o direito de percepção da CFEM. Logo, ser titular do “bem” (União) não se confunde com a titularidade das receitas públicas em relação à exploração dos bens, ou mesmo do resultado de sua lavra.

Por isso, a CFEM pode qualificar-se como uma (i) *receita originária patrimonial*, quando observada a relação entre União e concessionário, e, (ii) *receita originária patrimonial transferida*, quando observada a relação entre União e entes beneficiários (estados, Distrito Federal, municípios e autarquias federais). [4]

Apesar dessa clara distinção, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o critério hábil a determinar o sujeito competente (para fiscalizar a CFEM) seria aquele do titular da *receita* (beneficiário da CFEM) e não do *patrimônio* (União), ainda que sigamos firmes em posição oposta. É claramente errônea a assertiva de controle exclusivo pelo beneficiário de receita que, na sua essência, pode e deve ser submetida a controle da pessoa titular do bem explorado e sobre o qual recaem todos os deveres decorrentes do contrato de concessão.

Com significativos avanços, Paulo Honório de Castro Júnior e Tiago de Mattos igualmente corroboram este entendimento, ao dizerem que a CFEM deve ser classificada no *gênero* receita originária, mas não como “preço público”. Nas suas palavras:

“A hipótese de incidência da CFEM foi fixada pela Constituição, no artigo 20, § 1º (*resultado da lavra*), proibindo sua incidência sobre produto resultante de transformação industrial – após a última etapa do beneficiamento mineral. A opção constitucional é acertada, na medida em que

seria teratológico instituir uma contrapartida financeira pela utilização de recurso mineral – bem que pertence à União –, a partir de grandeza mensurada sobre produto que não é mais minério, porquanto transformado em *outra espécie de produto*. Vale dizer, a Constituição *exige* que a CFEM seja calculada *estritamente* sobre grandezas mensuradas *a partir de produtos minerais*, e não de produtos transformados com base em insumos minerais.”[5]

Mais adiante, concluem pela inconstitucionalidade na cobrança da CFEM quando se assume alguma etapa do consumo, sobre base de cálculo diferente do custo de produção. E complementam:

“*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 Constituição de 1988, de fato, não incluiu o *aproveitamento* como *elemento tipificador* da incidência da CFEM. Ou seja, o legislador infraconstitucional não poderá adotar alguma *co-incidência* entre o ato de “aproveitar” e o ato de “explorar”, para fins de cobrança da CFEM. E o que não se vê abrangido pelo critério material, tampouco pode atingir a determinação da base de cálculo ou o sujeito passivo. Destarte, conclui-se não haver autorização constitucional para o legislador infraconstitucional fazer incidir a compensação financeira quando do *aproveitamento* do minério, como se esta fosse autônoma em relação à exploração.

A CFEM não é tributo, logo, não se pode aplicar a esta “compensação financeira” o regime do IPI. A definição de “industrialização”, deveras, é matéria inerente ao ordenamento jurídico e encontra referência expressa do texto constitucional, afora vir especificada no artigo 46, parágrafo único do CTN. Oportuno lembrar que o processo de beneficiamento (industrialização) atua sobre o bem extraído, logo, bem pertencente ao particular, e não mais à União.

A fase de industrialização determinará o conceito constitucional do termo “produto industrializado” (IPI), que remete à transformação, *ex vis* do Código Tributário Nacional, em seu artigo 46, parágrafo único (“*Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo*”). É o que ocorre com a transformação de “matéria-prima” em “produto-acabado”.

O IPI, na condição de “tributo”, incide sobre bens que tenham sofrido processo de industrialização, fruto de um processo produtivo imediato, que, nos termos do artigo 46, parágrafo único, do CTN tenha modificado “a natureza ou a finalidade” do bem ou que “o aperfeiçoe para o consumo”. Esta, a diferença entre as materialidades determinadas pela Constituição: a circunscrição à fase de industrialização (beneficiamento).

A CFEM, segundo a parametricidade constitucional do artigo 20, § 1º da Constituição Federal, deve incidir sobre o bem da União, e não sobre processos industriais, dos quais o *beneficiamento* é uma de suas etapas. O bem mineral, já extraído, apto a submeter-se ao processo de beneficiamento, por exemplo,

---

não mais pertence à União, mas sim ao particular, e, assim, representa uma impossibilidade lógico-jurídica a pretensão de fazer com que a CFEM incida sobre o produto mineral resultante deste processo industrial.

Em conclusão, esses aspectos pragmáticos são fundamentais para bem se compreender o corte do legislador ao delimitar os parâmetros de incidência da CFEM. O *bem mineral* antecede o processo de *beneficiamento*, que se perfaz com o *produto mineral*, por ser este de propriedade do minerador. A “exploração” dá-se com o bem mineral, logo, a CFEM deve incidir no limite desta etapa. Assim, é de se afirmar que tudo que exceder ou não for relativo à *etapa de exploração* do mineral *in natura* não poderá compor a base de cálculo da CFEM, em observância aos limites materiais estabelecidos pelo artigo 20, § 1º da CF. Destarte, desvela-se como inconstitucional qualquer adição de elemento colhido em momento diverso da fase de exploração do recurso mineral.

---

1 Nos termos do art. 4º do Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/1967), mina é a “jazida em lavra, ainda que suspensa”.

2 Também, de acordo com o art. 4º do Código de Mineração, “considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico”.

3 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175.

4 “Claro que, observada a classificação entre ‘originárias’ e ‘derivadas’, essas receitas permanecem como ‘originárias’, mas não de patrimônio próprio dos entes subnacionais, mas da União, que as transfere àqueles. Trata-se de um problema classificatório, pois essas receitas, quanto à natureza do vínculo que as origina, podem ser originárias ou derivadas, mas quanto à fonte, podem ser próprias ou transferidas (...)”. SCAFF, Fernando Facury. Royalties do petróleo, minério e energia. Aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

5 CASTRO JÚNIOR, Paulo Honório de; MATTOS, Tiago de. CFEM – Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

#### **Date Created**

27/06/2018