



WILLIAM FREIRE  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Direito Minerário

Direito Ambiental

Direito Tributário

Direito Penal

Mining Law

Environmental Law

Tax Law

Criminal Law

***Alterações na CFEM***

***Lei nº 13.540, de 18 de Dezembro de 2017***



**Assunto:** Memorando sobre a Lei nº 13.540, de 18 de Dezembro de 2017, que alterou as regras relativas à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM.

## I – Contexto

A Medida Provisória nº 789 foi publicada em 26 de Julho de 2017, introduzindo alterações relevantes na CFEM.

Algumas das novas regras entraram em vigor já no mês de Agosto, vide a nova base de cálculo nas operações de venda no mercado interno. Outras normas, relacionadas às alíquotas da exação, tornaram-se vigentes em novembro.

O Congresso Nacional alterou substancialmente o texto da Medida Provisória, editando o Projeto de Lei de Conversão nº 38/2017, submetido à sanção presidencial.

A sanção ocorreu em 18 de Dezembro de 2017, com três vetos, sendo dois relacionados à destinação da CFEM a Municípios socialmente afetados pela mineração e um veto quanto à alíquota fixada em 0,2% para diversas substâncias.

Por consequência, a Lei nº 13.540, resultado da conversão da MP nº 789, foi publicada em 19 de Dezembro de 2017, consolidando um novo marco para a estrutura de incidência da CFEM.

Muitas das alterações possuem graves vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade, conforme passaremos a apontar nas próximas linhas.



## II – Aspectos mais relevantes da Lei nº 13.540/2017

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 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 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*.



- **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.

(ii) Toda e qualquer exportação – e não apenas aquelas destinadas a vinculadas e a empresas situadas em paraísos fiscais –, sujeita-se a teste pelo PECEX 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*<sup>1</sup>; *rochas ornamentais; águas minerais e termais*, mediante alíquota de 1%.

Há ainda importantes inovações no que se refere à competência municipal e estadual na fiscalização, legislação e cobrança da CFEM; além das regras de responsabilidade na cessão e arrendamento de Direitos Minerários, que serão abordadas em outro Memorando.

### III – Comentários à nova hipótese de incidência da CFEM

#### III.1 – A ocorrência do fato gerador nas vendas entre empresas coligadas ou pertencentes ao mesmo grupo econômico

A MP nº 789/2017 havia instituída *vedação absoluta* à ocorrência do fato gerador da CFEM nas vendas praticadas por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico. A Medida Provisória também expressava que o fato gerador seria praticado pela empresa adquirente, no *consumo* ou no que chamou de “*efetiva venda do bem mineral*”, o que ocorresse primeiro.

Isto é, para a Medida Provisória, ficava claro que a venda entre empresas do mesmo grupo *não seria efetiva*. Efetivo é entendido como o que produz efeitos; também tratado como o que é real ou existe. E aquilo que não é real, mas que se declara ter existido, é *simulação*.

Ao tratar a venda intragrupo como *inefetiva* – já que apenas a venda para terceiros não relacionados seria efetiva –, a Medida Provisória, indiretamente, qualificava essa operação como *simulada, carente de realidade ou de substância econômica*.

---

<sup>1</sup> Defendemos a *inaplicabilidade* da Portaria MME nº 23/2000, que estabeleceu “*substâncias de emprego imediato na construção civil*” para *outros fins* e segundo *outras normas*.

Definimos o seu conceito, para a CFEM, como: (i) todo minério, até a última etapa do seu beneficiamento e antes da sua transformação industrial; (ii) sempre que for vendido pelo minerador diretamente para que seu adquirente o aplique em uma obra de construção civil; ou aplicado em uma obra de construção civil pelo próprio minerador; (iii) entendendo-se obra de construção civil em sua acepção ampla, como quaisquer benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo, inclusive reformas e ampliação de edificações.



Havia grave vício de inconstitucionalidade na disposição da MP nº 789 que instituiria *vedação absoluta* à ocorrência do fato gerador da CFEM nas vendas praticadas por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico.

Isso porque (i) tratava-se de verdadeira *presunção absoluta de ilicitude* nas vendas entre empresas do mesmo grupo, *desconsiderando, tacitamente, a personalidade jurídica das empresas adquirentes*, sem garantia ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e em violação à *presunção de inocência*; (ii) por consequência da inconstitucionalidade apontada no item anterior, a regra que impedia, absolutamente, a ocorrência do fato gerador da CFEM na venda intragrupo padecia de outro vício, *ao atribuir à pessoa não contribuinte a prática do fato imponible*, já que o adquirente, que passava a praticar o fato gerador, não é o titular do Direito Minerário autorizativo da lavra.

O Congresso Nacional *modificou o ponto acima tratado*, de forma a *flexibilizar a vedação absoluta* que havia sido criada pela MP nº 789/2017. A redação que prevaleceu na Lei nº 13.540/2017 estabelece que as vendas entre empresas do mesmo grupo econômico *podem ou não* caracterizar fato gerador da CFEM. O novo texto *não explicita os critérios* que devem ser considerados para tanto.

Caso a venda intragrupo *seja caracterizada como fato gerador* da CFEM, a consequência será que a base de cálculo mínima deve ser o *“preço corrente no mercado local, regional ou nacional”*. E, *caso não seja caracterizada como fato gerador*, aplica-se o regime já disposto na MP nº 789/2017, no sentido de o adquirente praticar o fato imponible, pela venda ou consumo do bem mineral.

### **III.2 – O consumo na Lei nº 13.540/2017**

A grande modificação introduzida 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 em 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.

Por fim, a Lei nº 13.540/2017 caminhou bem ao excluir os processos industriais de *sinterização*<sup>2</sup>, *calcinação* e *coqueificação* do conceito de beneficiamento mineral. É que há laudos técnicos atestando a descaracterização mineralógica nos referidos processos. No caso da calcinação, o próprio DNPM chegou a admitir a sua ocorrência, conforme Parecer/PROGE nº 280/2002 – SC, ainda que exigisse a incidência do IPI para que referida etapa configurasse o momento de incidência da CFEM, situação esta que não se verifica, ante a classificação da cal virgem/viva em notação “NT”, na TIPI.

Agora, portanto, há ainda mais fundamentos para se afirmar que a CFEM incide, por consumo, nas etapas de industrialização denominadas *sinterização*, *calcinação* e *coqueificação*, ainda que os produtos delas resultantes sejam classificados como “NT” na TIPI.

### **III.3 – O beneficiamento em estabelecimento de terceiros enquanto hipótese excepcional de fato gerador da CFEM por consumo**

A Lei nº 13.540/2017 instituiu regra de incidência da CFEM que não possuía correspondência na MP nº 789: o beneficiamento em estabelecimentos de terceiros deflagra o fato gerador por consumo.

Trata-se de relevante inovação, na medida em que diversas empresas contratam terceiros para beneficiar seu minério, tanto em operações de industrialização por encomenda (simples remessa,

---

<sup>2</sup> Não é admissível 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). Portanto, a exclusão da sinterização é fundamento para a defesa, judicial ou administrativa, da exclusão também da pelotização do conceito de beneficiamento.



seguida do retorno do minério beneficiado), como em sucessivas compras e vendas.

A nova regra terá o provável efeito de antecipar o momento de ocorrência do fato gerador nessas operações, reduzindo a base de cálculo da CFEM, já que trata, excepcionalmente, o simples beneficiamento de minério (*sem transformação industrial*) como hipótese de consumo.

#### IV – Comentários às novas bases de cálculo da CFEM

A Lei nº 13.540/2017 instituiu ao menos três novas bases de cálculo para a CFEM:

- *Na venda*, impediu qualquer dedução de frete e seguro.
- *No consumo*, aboliu-se o custo de produção, para calcular a exação a partir de uma metodologia que visa a apurar o valor de mercado.
- *Nas exportações*, obriga os mineradores a testarem *toda e qualquer operação* pelo PECEX, se for o caso, ou pelo valor de referência.

É importante tecer alguns comentários sobre referidas alterações.

##### IV.1 – Nova base de cálculo nas saídas por venda: “receita bruta”

A Lei nº 13.540/2017 estatuiu que a base de cálculo da CFEM, na saída por venda, será “*a receita bruta da venda, deduzidos os tributos incidentes sobre sua comercialização*”. Vê-se que não se trata, propriamente, de receita bruta, e sim de receita líquida de tributos.

A MP nº 789/2017 havia determinado que a dedução admitida seria apenas dos tributos “*pagos ou compensados, de acordo com os respectivos regimes tributários.*” Essa regra foi suprimida pelo Congresso Nacional, não tendo constado no texto da Lei sancionada. Seu intuito era a positivação do entendimento anterior do DNPM de que apenas o saldo devedor (confronto de créditos e débitos) seria dedutível, previsto na IN nº 6/2000, com o agravante de se precisar provar o pagamento ou a compensação.

Como a locução “*pagos ou compensados*” foi retirada do texto pelo Congresso Nacional, resta na Lei nº 13.540/2017 a disposição de que os tributos dedutíveis são aqueles “*incidentes*” sobre





a comercialização do produto mineral. Essa era exatamente a regra que existia antes da MP nº 789/2017 e que levou a intenso contencioso administrativo e judicial quanto aos tributos (não cumulativos) dedutíveis serem todos os lançamentos a débito, ou apenas os saldos devedores eventualmente apurados em cada competência.

Espera-se que o conflito entre mineradores e DNPM, anterior à MP, permaneça na vigência da Lei nº 13.540/2017.

Por fim, a novel legislação impede, em absoluto, a dedução do frete e do seguro, fazendo com que as referidas despesas componham a base de cálculo da CFEM. Esse aspecto será detalhado adiante, com as razões que conduzem à sua inconstitucionalidade.

#### **IV.2 – Nova base de cálculo no consumo: “valor de mercado”**

A base de cálculo da CFEM, nas hipóteses de *consumo e utilização* do bem mineral (além do *beneficiamento em estabelecimentos de terceiros*), passa a ser uma grandeza aproximada do “valor de mercado”, e não mais o *custo de produção*.

A Lei nº 13.540/2017 define a base de cálculo no consumo como “*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*”.

Ou seja, a base de cálculo no consumo será **(i)** o preço corrente do bem, ou seu similar, no mercado regional, nacional ou internacional; *ou* **(ii)** o valor de referência, a ser fixado pela ANM. 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.

Já o § 14 estatui que os “*valores de referência [...] serão definidos pela entidade reguladora do setor de mineração a partir de metodologia estabelecida em decreto do Presidente da República, de modo que jazida de maior teor da substância de interesse implique aumento relativo do valor de referência.*”



Conclui-se o seguinte: **(i)** Decreto Presidencial precisa ser editado para instituir critérios segundo os quais a ANM fixará os valores de referência, para cada bem mineral; **(ii)** a própria lei determina que um desses critérios é o teor da substância; **(iii)** apenas quando o Decreto Presidencial for editado é que a ANM poderá regulamentar a questão; e **(iv)** a ANM deverá decidir, para cada bem mineral e conforme seus diversos teores, quais serão os valores de referência, bem como se, no consumo, a base de cálculo será algum dos valores de referência ou o preço corrente do bem (ou similar) nos mercados regional, nacional ou internacional.

Até que toda essa sequência de atos regulamentares seja editada, a base de cálculo da CFEM no consumo e na utilização do bem mineral *permanecerá sendo o custo de produção*<sup>3</sup>.

#### **IV.3 – Nova base de cálculo nas exportações: teste obrigatório pelo PECEX ou valor de referência**

A Lei nº 13.540/2017 dispõe que toda e qualquer exportação – *e não apenas aquelas destinadas a pessoas vinculadas e a empresas situadas em paraísos fiscais* –, sujeita-se a teste pelo PECEX ou pelo valor de referência, a ser fixado pela ANM, sendo estas as *bases mínimas* da CFEM nas exportações.

<sup>3</sup> Apesar de determinar expressamente que a nova base de cálculo da CFEM no consumo tem vigência apenas em 1º de janeiro de 2018, há a seguinte disposição: “*Até 31 de dezembro de 2017, para fins de incidência da CFEM, o consumo, a transformação e a utilização da substância mineral equiparam-se à venda, considerado como receita bruta o valor de consumo.*” O grande ponto, portanto, é interpretar a confusa redação que afirma “*considerado como receita bruta o valor de consumo*”. Há duas interpretações possíveis.

1) A Lei determina que a receita bruta seja a base de cálculo na hipótese de consumo já a partir do dia 1º de agosto, sem, contudo, explicitar de que forma poderia o minerador calcular a CFEM sobre tal grandeza que em nenhum momento é evidenciada no seu processo produtivo.

Nesse caso, seria defensável que a ausência de regulamentação torna a eficácia da norma limitada.

2) Ou, a regra em comento apenas determina que se mantenha a apuração da CFEM sobre custo de produção, até que entre em vigor a nova base no consumo em 1º de janeiro de 2018. Para sustentar essa interpretação é preciso algum esforço hermenêutico ao extrair os seguintes significados:

a. Receita bruta: equivale à base de cálculo no consumo. É que a MP passou a dispor que a nova base da CFEM no consumo seria receita. Assim, ao dizer “*considerado como receita bruta o valor de consumo*”, deve-se ler considerado como base de cálculo o valor de consumo.

b. Valor de consumo: equivale ao custo de produção. O único valor de consumo existente e revelado pelo minerador no seu processo produtivo é o custo de produção.

Assim, interpreta-se nesta segunda linha a regra como considerado como base de cálculo o custo de produção.

Os técnicos do MME e do DNPM que elaboraram esse dispositivo defenderam expressamente a segunda interpretação, ou seja, que até 31 de dezembro de 2017 nada muda quanto à base no consumo: deve-se continuar calculando a CFEM sobre custo de produção.



A MP nº 789/2017 *dispunha de modo diverso*. Segundo a Medida Provisória (i) a base da CFEM seria o *próprio preço parâmetro* apurado conforme o PECEX ou o *próprio valor de referência*, se não fosse possível apurar o preço parâmetro; e (ii) isso apenas ocorreria na hipótese de exportações para vinculadas ou para empresas situadas em paraísos fiscais.

O Congresso Nacional modificou profundamente esse aspecto, na medida em que passou a exigir (i) que toda e qualquer exportação seja submetida à referida regra, e não apenas aquelas destinadas a paraísos fiscais e a vinculadas no exterior; (ii) que a base de cálculo, nesses casos, seja *no mínimo* o preço parâmetro apurado conforme o PECEX ou o valor de referência; ou seja, se o valor da exportação for superior, deve-se considerá-lo em detrimento do PECEX e do valor de referência:

*“III - nas exportações, sobre a receita calculada, considerada como base de cálculo, no mínimo, o preço parâmetro definido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, com fundamento no art. 19-A da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e na legislação complementar, ou, na hipótese de inexistência do preço parâmetro, será considerado o valor de referência, observado o disposto nos §§ 10 e 14 deste artigo.”*

Ou seja, a redação dá margem à interpretação de que todas as exportações, de todas as substâncias minerais, sejam testadas pelo PECEX ou, sendo este inaplicável, o valor de referência. A base de cálculo de CFEM a se adotar nas exportações deve ser o maior valor dentre o praticado pelo minerador e o PECEX/valor de referência.

#### **IV.4 – Inconstitucionalidade da nova base na venda (“receita bruta”), no consumo (“receita calculada”) e nas exportações**

Por fim, entendemos que nenhuma legislação poderia estatuir, como base de cálculo da CFEM, grandeza que não seja fielmente representativa de *aproveitamento econômico de minério*, isto é, *resultado* da atividade de mineração.

Em outras palavras: a *única base possível* para a exação, na venda, é o faturamento líquido, excluídas as despesas com transporte, seguro e os tributos incidentes sobre a venda; e, no consumo, o custo de produção.



O critério material da hipótese de incidência da CFEM é o aproveitamento econômico de minério, representativo dos resultados da lavra.

No plano infraconstitucional, os arts. 1º, da Lei nº 7.990/1989 (não revogado), 6º (revogado, mas cujo sentido não foi alterado), e 14, inciso I, do Decreto nº 01/1991 (não revogado), deixam claro que é o *aproveitamento econômico de minério* a materialidade a ser mensurada pela base de cálculo da CFEM.

Em 2001, o Supremo Tribunal Federal referendou expressamente essa interpretação, ao assinalar que a CFEM seria uma participação nos resultados da atividade de mineração, devendo ser mensurada como uma *fração* do faturamento, uma vez que nada, além disso, seria mais coerente com sua estrutura constitucional. A lógica aqui é que a CFEM apenas possa incidir sobre as grandezas que constituem resultados da lavra, ou da atividade de mineração, isto é: *aproveitamento econômico de minério*.

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, *somadas a todas as despesas com transporte e seguro*.

Por outro lado, e sob os mesmos fundamentos, há inconstitucionalidade na cobrança da CFEM, no consumo, sobre base de cálculo diferente do custo de produção.

*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* (art. 20, § 1º, da Constituição), representativa do aproveitamento econômico de minério que foi efetivamente realizado (art. 1º, caput, da Lei nº 7.990/1989 c/c art. 14, I, do Decreto nº 1/1991). Pretender que uma grandeza não realizada (“valor de mercado”) seja utilizada como base no consumo, é determinar que a CFEM incida sobre aproveitamento econômico *inexistente*, já que não realizado pelo minerador.

Pela mesma lógica, deve-se questionar que, *em todas as exportações*, a CFEM tenha como base mínima o PECEX ou o valor de referência. Essas bases apenas seriam válidas se restritas



a operações com vinculadas e com paraísos fiscais, enquanto regras antielisivas específicas. Mas pretender implementá-las *a qualquer exportação*, inclusive aquelas *já praticadas em livre mercado*, implica desnaturar o instituto e majorar ilicitamente a base da CFEM.

## V – Vigência

A Lei nº 13.540/2017 determina o seguinte:

- Em geral, as regras entraram em vigor em *1º de Agosto de 2017*, tal como determinava a MP nº 789.
- A primeira exceção refere-se às *novas alíquotas*, que entram em vigor a partir de *1º de Novembro de 2017*.
- A segunda exceção refere-se à *nova base de cálculo no consumo/utilização*, que entra em vigor a partir de *1º de Janeiro de 2018*, porém *sem eficácia*, até que haja regulamentação por Decreto Presidencial e pela ANM.

## VI – Comentários finais

Há muitos outros aspectos relevantes e inovadores na Lei nº 13.540/2017, vide a conceituação de substância de *uso imediato na construção civil*, para fins de aplicação da alíquota de 1% da CFEM.

Também há outras razões de inconstitucionalidade e pontos de atenção, *tal como a controversa aplicação da nova Lei às Concessões de Lavra vigentes no momento da sua publicação*.

Como não é objetivo deste Memorando exaurir o assunto, estamos à disposição para aprofundar em todos os aspectos necessários.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2017.

*Paulo Honório de Castro Júnior*