

Distinções entre a CFEM e o *Royalty* do Petróleo entre Receita Originária e Derivada

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição de *Royalty*. 3. Concessão Mineral e Contrato de Concessão. 4. Receita Originária e Receita Derivada. 5. Bibliografia.

Frederico Augusto Lins Peixoto

Advogado e consultor tributarista do escritório Tostes 33 Coimbra.

Victor Penido Machado

Advogado e consultor tributarista do escritório Tostes 33 Coimbra.

1. INTRODUÇÃO

Os recursos minerais do território brasileiro, inclusive os do subso-
lo, pertencem à União¹. No Brasil, assim como na maioria dos países
mineradores, embora a titularidade dos recursos pertença a ente do po-
der público, delega-se a exploração a particulares, desonerando a ati-
vidade estatal dos custos e ônus atinentes ao setor e promovendo o
desenvolvimento econômico.

Naturalmente, parcela dos recursos financeiros obtidos com a
exploração mineral é repassada ao Erário através do pagamento de
tributos ou outros tipos de remunerações e exações.

Nesse contexto, inevitável se fazem as comparações quanto às
exações pagas pelas principais atividades do setor, mais precisamente
entre a Compensação Financeira pela Exploração Mineral (CFEM)
e o *royalty* do petróleo.

Observa-se que tanto a CFEM quanto o *royalty* do petróleo são
originados do mesmo dispositivo da Constituição Federal (artigo 20,
parágrafo 1º), razão pela qual existem correntes doutrinárias que sus-
tentam que as duas figuras teriam a mesma natureza jurídica.

Ainda, levando-se em consideração o direito comparado, a
CFEM poderia ser considerada como *royalty*, tendo em vista que os
países mineradores utilizam tal figura ao designar a arrecadação devi-
da pela exploração de bens minerais.

No entanto, no âmbito do Direito Brasileiro, notórias e inegá-
veis são suas diferenças, tanto quanto ao surgimento da obrigação de
pagar, quanto à roupagem jurídica que reveste o sistema de apuração
e cobrança.

Enfim, imprescindível se faz a análise objetiva das diferenças
entre CFEM e *royalty* do petróleo, anteriormente ao posicionamen-
to jurídico quanto à natureza dos institutos.

2. DEFINIÇÃO DE ROYALTY

A definição de *royalty* surge na legislação pátria por meio
Decreto 53.451/64, já revogado, que regulamentava a primeira vers
da Lei nº 4.131/62, disciplinadora da aplicação do capital estrange
e das remessas de valores para o exterior:

“Art. 10 – Considerar-se-á como *royalty* a remuneração, fixa ou
percentual, paga periodicamente a pessoas físicas ou jurídicas
domiciliadas, residentes ou com sede no exterior, pela obtenção de
licença para exploração de objetos de patentes e de registros, paten-
teados e registrados no Brasil e no país de origem e desde que a
proteção legal ainda esteja em vigor nos dois países.”

Posteriormente a legislação tributária definiu o conceito de *roya*
por intermédio da Lei nº 4.506/64, que dispõe sobre o imposto de ren

“Art. 22. Serão classificados como “*royalties*” os rendimentos de
qualquer espécie decorrentes do uso, fruição ou exploração de di-
reitos, tais como: a) direitos de colher ou extrair recursos vegetais,
inclusive florestais; b) direito de pesquisar e extrair recursos
minerais; c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas
de fabricação e de marcas de indústria e comércio; d) exploração de
direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do
bem ou obra”.

Percebe-se que o conceito legal de *royalty* pode ser sintetiz-
como uma remuneração devida pelo direito de utilização do bem
titularidade de terceiro.

Importante ressaltar que, no Brasil, somente há previsão de
brança do *royalty* sobre a exploração do petróleo. O DNPM, por
vez, busca aplicar esse instituto à CFEM por entender serem sit-
ções análogas.

A definição de *royalty* sobre minerais encontra-se prevista
Decreto 2.705/98² e constitui compensação financeira pela expli-
ção de algum bem natural não renovável.

Necessário salientar que *royalties* de petróleo adquiriram maior importância no contexto nacional a partir da Constituição de 1988, através da previsão legal do citado artigo 20, parágrafo 1º.

Todavia, o termo *royalty* não tem origem constitucional, sendo posteriormente positivado por meio da Lei nº 9.478/97, a qual, em consonância com a Lei nº 7.990/89, considerou o *royalty* como uma compensação financeira devido ao titular de um direito pelo uso e exploração deste.

3. CONCESSÃO MINERAL E CONTRATO DE CONCESSÃO

Os regimes de exploração mineral são: autorização, concessão, licenciamento, matrícula e monopólio.

Licenciamento refere-se ao direito do proprietário do solo ou quem seja por ele autorizado, para o aproveitamento de jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil. Matrícula é utilizada para o aproveitamento definido como garimpagem, faiscagem ou cata. Esses dois institutos, por premissa, não fazem parte do estudo ora proposto.

A pesquisa e exploração de jazidas petrolíferas constituem monopólio da União nos termos do artigo 177 da Constituição Federal. Apesar de adotar o regime monopolista, a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas tal exploração³.

Verifica-se, pois, que a exploração do petróleo por empresa privada se dá através de contrato com a União, disciplinado pela Lei nº 9.478/97.

A exploração petrolífera por particular somente é possibilitada através de um contrato de concessão em procedimento licitatório concorrential⁴, sendo que somente após encerrada esta etapa e finalizado referido procedimento é viável e possível a cobrança do *royalty*.

As atividades de exploração petrolífera decorrem de certame licitatório e são realizadas mediante assinatura de contratos de concessão.

são⁵, um contrato administrativo, o qual deverá refletir fielmente condições do edital e da proposta vencedora⁶.

Segundo ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁷:

“Contrato de concessão é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e *intuitu personae*”.

Verifica-se, pois, que as condições ou cláusulas do contrato de concessão dependem das condições estabelecidas pelas partes, através do regime de concorrência, de forma que a empresa que efetuar melhor oferta obterá a concessão.

Desta forma, o contrato de concessão de uso do bem público é aquele destinado a outorgar a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo sua destinação específica. É um típico contrato de atribuição pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade.

Em contrapartida, há cláusulas obrigatórias⁸ a constar de contrato administrativo, denominadas pela doutrina como “cláusulas exorbitantes”, as quais são especificamente previstas em lei, sendo que dentre tais cláusulas encontram-se as participações governamentais – e, dentre elas, os *royalties*.

Fato é que a lei em si não obriga o particular ao pagamento de *royalties*, mas obriga a administração pública a incluir no edital e contrato administrativo de concessão de exploração de petróleo obrigação/cláusula.

Nesse sentido ensina Hely Lopes Meirelles: “A referida lei regulou também as participações governamentais nos respectivos contratos de concessão”.

5 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*. São Paulo: Atlas, 1997.

6 Lei nº 9.478/97, artigo 43.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

8 Lei nº 9.478/97, artigo 43, caput.

Continua o magistério de Maria D'Assunção: "Os royalties são uma obrigação de resultado, previstos no contrato".

Interessante ressaltar que embora titular dos direitos incidentes sobre os recursos minerais, a União não é destinatária da CFEM, sendo esta repassada diretamente para os Estados, Distrito Federal e Municípios, por força de disposição constitucional.

Forma jurídica totalmente distinta é a concessão para exploração mineral frente à concessão para exploração petrolífera e, por conseguinte, os royalties do petróleo frente à CFEM.

Como salientado, a concessão da exploração dos recursos minerais cuida de figura singular no Direito Pátrio, uma vez que distingue-se dos contratos de concessão estabelecidos pelo Direito Administrativo Brasileiro.

Tal concessão não é celebrada através de licitação, uma vez que é utilizado o critério de antecedência do pedido, demonstrando que neste procedimento em especial não há figura do regime de concorrência ou proposta vencedora previstos nos contratos de exploração do petróleo.

A concessão de lavra é outorgada através de Portaria do Ministério de Minas e Energia – ou seja, ato administrativo – e não através de contrato administrativo.

Sendo assim, percebe-se facilmente que a concessão mineral, apesar de conter o mesmo nome, cuida de instituto jurídico singular, pois, além de não ser contrato administrativo, não se assemelha juridicamente à figura do direito administrativo da concessão.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles⁹:

"O regime de concessão de lavra não se confunde com a concessão de serviço público ou de obra pública, porque não é contrato, mas ato unilateral, pelo qual o Ministro de Minas e Energia outorga ao beneficiário o direito de lavra de determinada jazida ou mina. O

título da concessão é a portaria do Ministro (artigo 32 do Código).

(...) A autorização, a licença e a permissão previstas como regimes de

aproveitamento também não se confundem com os institutos de autorização, licença e permissão de serviço público..."

No mesmo sentido Willian Freire¹⁰ profere seu entendimento

"o termo concessão de lavra é inadequado para designar o consentimento da União ao particular para explorar jazidas minerais, porque confundesse ato administrativo de natureza especial com as concessões clássicas de Direito Administrativo. Melhor seria ter o legislador adotado a expressão Consentimento de Lavra, criando terminologia própria para designar esse ato administrativo eminentemente mineral".

"Não se confunde com as concessões clássicas do Direito Administrativo. Não é acordo nem contrato administrativo. Também não é realizado intuito personae. É atividade econômica, industrial e extrativa.

Não é serviço público, porque não deve ser executado pela Administração, mas por empresa brasileira, conforme preceitua a Constituição, até porque o art. 173, caput, da Constituição Federal, veda à União a exploração direta da atividade econômica, exceto em situações expressamente previstas na Constituição.

Com a publicação da Portaria, a união não delega a execução da lavra, mas cria um direito de lavra em favor do minerador. Esse ato administrativo aperfeiçoa-se com a sua publicação no Diário Oficial da União."

Não havendo tal contrato, a obrigação de pagamento da CFE não provém de cláusula de contrato administrativo e, logo, consiste em obrigação jurídica diversa daquela concernente aos royalties do petróleo. Enfim, restam mais do que caracterizadas as diferenças de responsabilidade jurídica da concessão de exploração de petróleo – esta, contrato administrativo firmado com autor de proposta vencedora licitação concorrencial, e da concessão de lavra, por sua vez, ato administrativo firmado com o primeiro requerente.

Conseqüentemente, resta claro que a obrigação de pagamento de royalties do petróleo, instituto do direito civil, tem natureza contratual decorrente de cláusula exorbitante de contrato administrativo

A natureza jurídica da obrigação do particular para pagamento da CFEM, por sua vez, decorre de dispositivo, proveniente do poder soberano do Estado.

Desta feita, resta caracterizada a natureza da compensação em tela como *royalty* por não se amoldar a esta figura distinta do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, necessária se faz a análise sobre a natureza jurídica da CFEM como receita “originária” ou “derivada”.

4. RECEITA ORIGINÁRIA E RECEITA DERIVADA

As receitas dos entes públicos, previstas no Direito Financeiro brasileiro, podem ser divididas em dois grupos, as receitas originárias (ou patrimoniais) e as receitas derivadas.

O conceito legal de receita originária e derivada originou-se da Lei nº 4.320/64. De forma sintética, receita originária (ou patrimonial) é aquela que advém da exploração, pelo Estado, de atividade econômica – podendo ser citados, como exemplos, o preço público e os *royalties* –, enquanto as receitas derivadas procedem do setor privado da Economia mediante o poder coercitivo do Estado.

Ao apreciar a natureza jurídica da CFEM, o Supremo Tribunal Federal cita conceito de Receita Patrimonial do Estado:

“Receitas patrimoniais são aquelas geradas pela exploração do patrimônio do Estado (ou mesmo pela sua disposição), feitas segundo regras de direito privado, consequentemente, sem caráter tributário. Com efeito, o poder público desfruta de um patrimônio formado por terras, casas, empresas, direitos, que são passíveis de serem administrados à moda do que faria um particular, isto é, dando em locação, vendendo a produção de bens ou mesmo cedendo o imóvel ou direito.”

Nota-se, claramente, que as receitas originárias são obtidas através de acordos entre partes em igualdade de condições de negociação, ou seja, através de contrato.

Logicamente, tendo em vista que o Estado figura como parte, a materialização do acordo se dá através de contrato administrativo,

Além disso, para que os direitos sobre bens pertencentes a Estados sejam negociados, é preciso seguir as regras de Direito Administrativo e ser realizada a licitação, para, posteriormente, acordo com as assertivas constantes do Edital, ser concretizado contrato administrativo.

Conclui-se, pois, que os *royalties* do petróleo amoldam-se perfeitamente no conceito de receita originária, tendo em vista ter natureza patrimonial – utilização de bem público –, e ser devida por força cláusula de contrato administrativo conforme explicitado.

No entanto, a CFEM não possui as características de receita originária, mas de receita derivada.

Ora, difícil não é verificar que a receita originária advém da utilização da pessoa jurídica de direito público de seus próprios recursos patrimoniais. Embora os recursos minerais sejam, constitucionalmente bens de titularidade da União Federal, sua exploração é realizada uma pessoa jurídica de direito privado que recolhe aos cofres públicos compensação financeira.

Nos termos, e conforme explicitado, afere-se a característica Receita Derivada¹¹ da CFEM:

“Receitas Derivadas procedem do setor privado da economia, isto é, de famílias, empresas e do resto do mundo; são devidas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, que desenvolvam atividades econômicas, exceto as que desfrutem de imunidade ou isenção, e correspondem aos tributos. De um lado, como sujeito ativo da relação jurídica estará o fisco; de outro, como sujeito passivo, o contribuinte (pessoa física ou jurídica, pertencente ao setor privado).”

Na exploração dos recursos minerais, reiterando as exposições *supra*, verifica-se que, apesar constituírem bens da União Federativa, atividade econômica é exercida por uma pessoa jurídica de Direito Privado que compulsoriamente deve recolher aos cofres públicos

11

PAUL SEN, Leandro, *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Descaracteriza-se de imediato a CFEM como receita originária, uma vez que tal receita é determinada pelos rendimentos das entidades de direito público na utilização direta de seus próprios recursos patrimoniais e, no caso em destaque, a CFEM não é devida diretamente à União, titular dos recursos minerais.

Receita derivada é aquela proveniente do poder Estatal. Ou seja, não se obtém tal receita através de contrato, pelo contrário, o Estado figura soberano na relação jurídica entre ele e o particular.

Logo, a receita derivada é proveniente (ou seja, deriva) do poder soberano do Estado, manifestado através da publicação de leis com caráter obrigatório, ou compulsório.

As leis são normas de caráter obrigatório emanadas unilateralmente pelo Estado, podendo haver o constrangimento do patrimônio sobre o particular¹².

Clara, pois, é a verificação que a CFEM não é receita originária, tendo em vista não ser proveniente de cláusula contratual. Pelo contrário, a CFEM é caracterizada como receita derivada, pois é decorrente do poder do Estado, é proveniente de lei.

Destaca-se, ainda, que o Estado tem o poder o alterar as disposições da CFEM através do processo legislativo, editando nova lei ou alterando as disposições daquela em vigor, como já o fez através de alteração das alíquotas de determinados recursos minerais.

Ademais, não se pode considerar que as alterações na Lei nº 7.990 seriam feitas unilateralmente pela União Federal, sujeitas a análises aprofundadas de legalidade.

Pelo contrário, as alterações da Lei nº 7.990 efetuadas (e aquelas que virão) devem ser respeitadas como obrigações legais, preventivas do poder Soberano do Estado, e não estão sujeitas à análise sobre as alterações unilaterais de contratos administrativos.

Conclui-se, pois, que a CFEM caracteriza-se como receita derivada, tendo em vista sua natureza legal que também emana do poder Soberano do Estado, e não de acordo entre as partes (contrato).

5. BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL, *Constituição Federal de 1988*.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral dos Contratos e Obrigações Contratualistas e Extracontratualistas*. São Paulo: Saraiva, 1999. Tratado Teórico e Prático Contratualistas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 5.
- FREIRE, William. *Direito Ambiental Aplicado à Mineração*, Belo Horizonte: Mineira, 2000.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro, 1999, vol. II.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina Jurisprudencial*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SANTOS, Sérgio Honorato dos. *Royalties de Petróleo à luz do Direito Positivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Esplanada, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SEROA DAMOTTA, Ronaldo. "Estimativas de Depreciação de Capital Natural no Brasil". In: MAY, Peter (org.). *Economia Ecológica: Aplicações no Brasil*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 1995. p. 21-48.

COORDENAÇÃO

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Advogado Tributarista Sócio do Escritório Testes & Coimbra.

Professor de Direito Tributário da UFMG.

Doutor e Mestre em Direito Tributário.

Coordenador da Pós-Graduação do CEAJUFFE.

Conselheiro da ABRDF.

Membro da ABRADT, do ILADT e do IPA.

“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

CFEM

COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS

NATUREZA JURÍDICA E QUESTÕES CORRELATAS

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: fone (11) 3101-5780

E-mail: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, verão de 2010

quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br